

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

BÁRBARA NUNES MARQUES GONÇALVES

**A (IN) EFICIÊNCIA DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA PARA O
TRATAMENTO DAS DROGAS ILÍCITAS**

Recife
2015

BÁRBARA NUNES MARQUES GONÇALVES

**A (IN)EFICIÊNCIA DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA PARA O
TRATAMENTO DAS DROGAS ILÍCITAS**

Monografia apresentada à Faculdade Damas da Instrução Cristã, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.

Recife
2015

Catálogo na fonte
Bibliotecário Ricardo Luiz Lopes CRB/4-2116

Gonçalves, Bárbara Nunes Marques.

A (In) eficiência da política criminal brasileira para o tratamento das drogas ilícitas / Bárbara Nunes Marques Gonçalves. - Recife, 2015.
64 f.

Orientador (a): Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.
Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia - Direito) – Faculdade Damas da Instrução Cristã, 2015.
Inclui bibliografia.

1. Direito. 2. Política criminal. 3. Drogas ilícitas. 4. (In) eficiência. I. Siqueira, Leonardo Henrique Gonçalves de. II. Faculdade Damas da Instrução Cristã. III. Título.

340 CDU (22. ed.)

TCC 2015-329

BÁRBARA NUNES MARQUES GONÇALVES

A (IN) EFICIÊNCIA DA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA PARA O TRATAMENTO DAS DROGAS ILÍCITAS

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador Prof. Dr. Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira.

1º Examinador: Prof(a). Ms/Dr.

2º Examinador: Prof(a). Ms/Dr.

Recife
2015

Dedico este trabalho inteiramente à minha família, por terem acreditado e investido na minha carreira profissional.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus por ter me dado força e perseverança durante esses cinco anos na Faculdade, assim superando minhas dificuldades e fraquezas, sem Ele não teria chegado até essa reta final.

À minha mãe, Luciane Nunes Gonçalves, uma guerreira que nunca deixou que me faltasse nada apesar dos obstáculos, me dando apoio nas horas difíceis. Ao meu pai, Maurício Marques Gonçalves, por toda paciência e dedicação, tendo que me buscar todos os dias na Faculdade. E não poderia deixar de agradecer ao meu irmão, Cláudio Gonçalves Viana Neto, pela amizade e companheirismo e por toda a ajuda nesse tempo da Faculdade. Além disso, por não ter me deixado desistir, pois sem ele não teria concluído esse curso.

Ao meu orientador, Leonardo Henrique Gonçalves de Siqueira, por ser meu Professor, pela orientação na escolha do tema e pela assistência e incentivo que me proporcionou durante esse trabalho para a conclusão do curso.

Punir não é o mesmo que se fazer justiça, pois é melhor absolver um culpado do que colocar atrás das grades um inocente. Essa máxima deve ser aplicada nos casos emblemáticos de dúvida do julgador, pois condenar um inocente se torna muito mais grave do que absolver um culpado. Até porque a penalização do acusado e o cumprimento de sua sentença se traduz através de uma maior vigilância do Estado, pois os olhares da vigilância, dos homens e de suas armas, permitem ao Estado um aparato de maior tecnologia e menor quantidade de soldados necessários para a vigilância atenta dos apenados.

(NOBRE, 2014, p. 53).

RESUMO

O estudo desenvolve-se sobre a análise da (in) eficiência da política criminal brasileira para o tratamento das drogas ilícitas. Com a Lei de Drogas nº 11.343/2006, que instituiu ampliação do tratamento penal e processual penal quanto às condutas de tráfico e do porte para consumo de entorpecentes. O tráfico de drogas pode ter, até conotações políticas, mas basicamente, o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de drogas. E, prevê para o crime de tráfico de drogas, penas mais graves do que as cominadas à figura correspondente da abrogada Lei nº 6.368/1976. No âmbito penal, ressalta-se que a punição se tornou, além de um exemplo público de satisfação social, uma maneira de se excluir os grandes malfeitores do sistema que, na maioria das vezes, servem apenas aos interesses de quem o criou, sob o prisma da perfeição e de uma nova criação da concepção da verdade, o Estado. Entretanto, a problemática da criminalidade no Brasil é crescente, os investimentos governamentais no combate à marginalização não vem surtindo o efeito esperado, o que provoca o desequilíbrio na sociedade. O tráfico de entorpecentes tem produzido várias vítimas e o número de usuários e dependentes de drogas tem crescido alarmantemente no país. Busca-se analisar o Direito Penal como um meio de reinserção social do cidadão ou do excluído do pacto social, que se encontra após o momento do cometimento do ato ilícito, ou não se encontra inserido economicamente na sociedade, como a margem do que não deu certo.

Palavras-chave: Política criminal. Drogas ilícitas. (In) eficiência.

ABSTRACT

The study is developed on the analysis of (in) efficiency of the Brazilian criminal policy for dealing with illicit drugs. With the Drug Law n. 11.343/2006, which instituted criminal expansion of treatment and criminal procedure regarding the trafficking and possession of pipes for consumption of narcotics. Drug trafficking may have, even political connotations, but basically what the law seeks to avoid is the damage caused to health by drug use. And provides for drug trafficking crime, penalties more severe than the comminated the corresponding figure abrogated Law n. 6.368/1976. In the criminal context, it emphasizes that the punishment became, in addition to a public example of social satisfaction, a way to exclude the great criminals of that system, in most cases, serve only the interests of those who created it, under the prism of perfection and creation of a new conception of truth, the state. However, the problem of crime in Brazil is growing, government investment in combating marginalization is not paying off the expected effect, which causes the imbalance in society. The drug trafficking has produced a number of victims and the number of users and drug addicts has grown alarmingly in the country. The aim is to analyze the criminal law as a means of social reintegration of citizens or excluded from the social contract, which is after the time of commission of the unlawful act, or is not economically inserted in society, as the margin of what went right.

Keywords: Criminal Policy. Illicit drugs. (In) efficiency.

LISTA DE ABREVIATURAS

CAPE	Centro Antitóxicos de Prevenção e Educação
CEBRID	Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas
DENARC	Departamento de Repressão ao Narcotráfico
OMS	Organização Mundial de Saúde
SENAD	Secretaria Nacional Antidrogas
SISNAD	Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 O FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL BRASILEIRO NO TRATAMENTO DAS DROGAS ILÍCITAS	13
1.1 Legislação penal brasileira.....	13
1.2 Uma breve análise histórica do direito penal e sua relação com a criminologia.....	14
1.3 Funções declaradas <i>versus</i> funções não-declaradas do sistema penal.....	17
1.4 Escola positivista.....	18
1.5 Direito penal mínimo e máximo.....	21
CAPÍTULO 2 ANÁLISE A LEI N° 11.343/2006	25
2.1 Conceito de droga.....	25
2.2 Nova lei de drogas.....	27
2.3 Tráfico de drogas.....	36
CAPÍTULO 3 PROIBICIONISMO E DESCRIMINALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE POLÍTICO-CRIMINAL DAS CONSEQUÊNCIAS DA PROIBIÇÃO DAS DROGAS	40
3.1 Análise do discurso jurídico penal no âmbito político e social.....	40
3.2 Análise ao proibicionismo.....	45
3.3 Medidas preventivas do tráfico de drogas.....	48
3.4 A criminalização e as suas consequências no âmbito político criminal.....	51
CONCLUSÃO	56
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva-se analisar, no âmbito do Direito Penal, a (in) eficiência da política criminal brasileira para o tratamento das drogas ilícitas.

A Lei nº 11.343/2006, a chamada Lei de Drogas, trata da Política Nacional de Drogas e trouxe no seu texto legal uma inovação, diferencia o traficante do mero usuário, punindo com mais rigor o primeiro através da pena privativa de liberdade enquanto que o segundo recebe um tratamento mais brando, a ele são aplicadas medidas alternativas a exemplo das penas restritivas de direito.

A problemática avalia se entre o mínimo que é o porte para consumo e o máximo que é o tráfico de entorpecentes, a política criminal é eficiente ou existe zona cinzenta, em decorrência da expansão do senso comum punitivo?

No Brasil não se legisla nem se age administrativamente no sentido de evitar que os crimes aconteçam, mas sim em apurá-los após sua execução, bem como apenar o mais gravemente possível os agentes que cometeram o fato delituoso. A postura de seu sistema penal é nitidamente repressora, se levando em conta a inflação legislativa, ou seja, sua atuação é máxima, manifestando-se através do intervencionismo e do desrespeito aos direitos e garantias fundamentais e dos princípios do Estado de Direito.

Para melhor explanação do tema em estudo, utiliza-se a metodologia baseada em pesquisa descritiva, dedutiva, a partir da análise bibliográfica fundamentada em publicações nas doutrinas, legislações, artigos publicados da internet. E o trabalho apresenta-se dividido em três capítulos de fundamentação teórica.

Inicia-se com o fundamento político-criminal brasileiro no tratamento das drogas ilícitas, fazendo uma análise na legislação penal brasileira; uma breve análise histórica do direito penal e sua relação com a criminologia; examina-se as funções declaradas *versus* funções não-declaradas do sistema penal, com a Escola Positivista e Direito penal mínimo e máximo. O Estado deve atuar nas sociedades eminentemente criminógenas não apenas como o potencial agente penalizador, pois deste modo jamais conseguirá a mudança de comportamento social almejada. Contrariamente, deverá planejar com cautela a transformação de uma população, tornando esta consciente de suas imperfeições e compromissada com as melhoras que porventura advirão.

Naturalmente tal mudança só pode ser operada a longo prazo, através da disponibilidade dos serviços essenciais como saúde, moradia, saneamento básico e primordialmente, educação de qualidade a todos os cidadãos, conforme preceitua a

Constituição Federal. Há ainda que se possibilitar a efetiva ressocialização daqueles que, mesmo tendo recebido do Estado às condições necessárias à formação de uma pessoa digna, venham a delinquir, pois o crime, desde que ocorra com moderação, é um fato inerente a qualquer população.

No segundo capítulo estuda-se a Lei nº 11.343/2006, conceituando a droga, suas alterações e diferenciando do usuário e traficante. A situação atual do tráfico de drogas se radica em condicionamentos muitos maiores e mais amplos, que não podem ser eliminados com a mera política de repressão dos órgãos de segurança pública, ele tem história que se contemplam dialeticamente a busca existencial e ancestral dos seres humanos por substâncias que alteram seu estado de consciência e de percepção. Vive-se, portanto, a era do direito penal e da aplicação da norma lastreada pela aquisição de bens e valores, onde os mais abastados se afastam da aplicação da norma, desde sua criação, a seu favor, até o momento de seu cumprimento, onde se criam mecanismos processuais procrastinatórios e recursais, em concomitâncias com as prescrições temporais da lei, que levam a exclusão da punibilidade de um malfeitor, colocando atrás das grades um simples ladrão. Percebe-se, o direito criminal, e em especial a punibilidade sob o viés estatal, apesar de ter mudado de feição, se utiliza dos mesmos métodos arcaicos de se “fazer justiça”, ou seja, se pune para prevenir, ao invés de se prevenir para não se poder punir. Pois mais vale a existência da norma cogente do que a preocupação preventiva da educação que desencadeará em reivindicação.

O último capítulo explana-se sobre o proibicionismo apresentando uma análise político-criminal das consequências da proibição das drogas, apresentando a análise do discurso jurídico penal no âmbito político e social, medidas preventivas do tráfico de drogas e a criminalização e as suas consequências.

É preciso que o poder público juntamente com a sociedade se unam no combate as drogas ilícitas de modo a preencher as lacunas existentes na instrumentalização dessas políticas públicas, sobretudo, de prevenção, tratamento e reinserção social que envolve aspectos de saúde, educação, segurança e demais outros temas, a partir do desenvolvimento de alternativas capazes de promover a eficiência da política criminal.

Nenhum indivíduo deixa de praticar o crime por conta da ameaça de penas mais rígidas ou de um reforço no policiamento em determinada área. Quem age de forma a infringir as leis criminais, ameaçando ou praticando violência contra as vítimas, como ocorre quando da execução do tráfico de drogas, assim o faz por alguma motivação interna demasiadamente forte, insuscetível de ser compelida através de mera repressão. Na medida que a vigilância pelo Estado aumenta, a criminalidade cresce na mesma proporção, haja vista

que manter-se em alerta contra uma prática criminosa ou punir outro agente que em nada tem haver com o delito, somente para obter satisfação social e fomentar uma política criminal de detenção e um direito penal de escolha, de escolha do inimigo etiquetado, apontado pela norma ou pelo Estado como não pertencente ao corpo social, sob influência de cunho econômico e financeiro, ou de origem geográfica, que contrariam as razões expansionistas de um Estado.

Ser justo nem sempre é ser leal na seara da justiça, pois se faz falsear até as provas mais banais como as testemunhais que nunca sequer viram o suposto ocorrido, com o mero objetivo de lograr êxito ou como mera defesa de um ataque injusto, pois se utiliza as mesmas armas de nossos algozes em nossa defesa, visto que o princípio da igualdade e da equidade nunca foi tão desigual e desrespeitoso com os que precisam de sua paridade de condições jurisdicionais. Demonstra-se que ao operador do direito, muitas vezes, ao aplicador da própria norma jurídica, falta a sensibilidade e a convivência com o sistema penal e toda a sua realidade nua e crua.

CAPÍTULO 1 O FUNDAMENTO POLÍTICO-CRIMINAL BRASILEIRO

1.1 Legislação penal brasileira

A história do Direito Penal em todo o mundo passou por diversos estágios de desenvolvimento e a Legislação Penal brasileira também sofreu modificações significativas ao longo dos anos. Primeiramente, em sua época colonial, sob o domínio de Portugal, momento em que o direito brasileiro era amplamente influenciado pelas leis desse país, até o ponto determinante em que se desvinculou do direito lusitano e passou a ter autonomia própria, evoluindo até o que conhecemos hoje¹.

A expressão Direito Penal pode ser vista num duplo sentido, um de legislação penal, outro como o saber do direito penal, explanam Zaffaroni e Pierangeli:

O direito penal (legislação penal) é o conjunto de leis que traduzem normas que pretendem tutelar bens jurídicos, e que determinam o alcance de sua tutela, cuja violação se chama ‘delito’, e aspira a que tenha como consequência uma coerção jurídica particularmente grave, que procura evitar o cometimento de novos delitos por parte do autor. No segundo sentido, direito penal (saber do direito penal) é o sistema de compreensão (ou de interpretação) da legislação penal².

Noronha contribui para o raciocínio dizendo que: “direito penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, tendo em vista os fatos de natureza criminal e as medidas aplicáveis a quem os pratica”³.

O Direito Penal corresponde ao ramo do direito que objetiva a estruturação do ordenamento jurídico através da regulação das relações sociais entre particulares e o Estado, tornando assim possível a interação e vida em sociedade, o que é alcançando graças a um aglomerado de normas jurídicas de natureza pública que estabelecem em seu bojo ilícitos de caráter penal, os quais, uma vez praticados pelo agente, serão punidos com as sanções correlatas, também tipificadas na legislação penal, cabendo ao Estado a aplicação das penas ou outras medidas aos agentes infratores e a proteção dos bens jurídicos inerentes a coletividade.

Anteriormente ao descobrimento do Brasil, os indígenas que aqui viviam utilizavam-se primitivamente de normas costumeiras na organização das tribos, destacando-se a aplicação da vingança privada e Lei de Talião na cominação dos castigos aos que desrespeitavam

¹ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 85.

²*Ibidem*. p. 85.

³NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. 38. ed. São Paulo: Rideel, 2009. v. 1. p. 4.

os costumes da comunidade. O descobrimento do Brasil fez com que Portugal começasse a aplicar no Território brasileiro as Ordenações (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), nas quais as Filipinas, trouxeram consigo o desumano direito do período medieval⁴.

O surgimento do Código Criminal de 1830 com a Independência do Brasil seguiu as diretrizes da Constituição de 1824 fortemente fundamentada na ideologia iluminista da Europa. Com isso se estabeleceu, por exemplo, a lei igual para todos (equidade), a razoabilidade dos castigos, a utilidade pública das leis e a individualização das penas.

Instaurada a República Federativa como forma de governo no Brasil, surgiu o Código Penal de 1890, que sofreu com a má elaboração de seu texto e seríssimas falta de técnicas, as chamadas atecnias, levando este a ser emendado tantas vezes que houve a necessidade de catalogar tais leis na chamada Consolidação das Leis Penais de 1932. Diversos projetos de reforma ao Código foram estudados ao longo dos anos, até que por fim optou-se pelo projeto apresentado por Alcântara Machado, acabando por se tornar o Código Penal de 1940, vigente até hoje no Brasil⁵.

O Código Penal brasileiro de 1940 foi criado no governo de Getúlio Vargas, durante o chamado Estado Novo, marcado pelo autoritarismo e centralização do poder. Apesar disso, pode-se dizer que traz em seu bojo preceitos fundamentais dos Estados Democráticos de Direito como a limitação ao poder de punir do Estado, o princípio da reserva legal, o devido processo legal, entre tantos outros⁶.

É verdade que não permaneceu inalterado até os dias atuais, entretanto, cada reforma a que vem sendo submetido serviu para incrementá-lo em todos os aspectos da democracia atual, cita-se, por exemplo, sua ampla mudança tanto na parte geral como na especial, trazendo consigo a novidade das penas alternativas às penas restritivas de liberdade, e a facilitação da liberdade condicional em determinados casos concretos.

1.2 Uma breve análise histórica do direito penal e sua relação com a criminologia

A formação de uma sociedade bem constituída e o desenvolvimento do Direito Penal como ramo do direito autônomo passaram por diversos períodos próprios, cada qual com características peculiares de seu tempo, mesmo que por vezes não seja tão simples pontuá-los precisamente, haja vista a constante interligação entre suas particularidades.

⁴ NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. 38. ed. São Paulo: Rideel, 2009. v. 1. p. 4.

⁵ *Ibidem*. p. 4.

⁶ ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 82-84.

A progressão do Direito Penal como ciência do dever ser, acompanha de perto a do homem como pessoa e ser social. Como bem explana Bitencourt:

É inquestionável a importância dos estudos da história do Direito Penal, permitindo e facilitando um melhor conhecimento do Direito Vigente. A importância do conhecimento histórico de qualquer ramo do Direito facilita inclusive a exegese, que necessita ser contextualizada, uma vez que a conotação que o Direito Penal assume, em determinado momento, somente será bem entendida quando tiver como referência seus antecedentes históricos⁷.

Para um melhor entendimento da Legislação Penal contemporânea costuma-se dividir o Direito Penal em fases ou períodos históricos levando-se em consideração a sua evolução desde a antiguidade até os dias atuais, lembrando sempre que tais fases, como enfatiza Horta: “não se sucederam de forma linear ou totalmente rígida (os princípios e características de um período penetravam em outro)”⁸. Essas fases são:

- As sociedades primitivas, onde a evolução da pena conheceu a vingança divina, passou pela vingança privada, experimentou a vingança pública. A pena nesse período compartilhava um aspecto puramente de vingança. Os povos primitivos possuíam uma visão muito voltada à religião, ao místico e ao divino. Inexistia a concepção de Justiça; a adequada proporção entre o crime praticado e a pena a ser aplicada era praticamente nula. Em sua primeira fase, da vingança divina, acreditava-se que a punição ao autor do delito era resultado de sua desobediência a um ente superior, a divindade suprema, de tal modo a sanção aplicada ao delinquente deveria corresponder ao tamanho da ofensa cometida a esse Deus, equivalendo a uma verdadeira ideia de castigo divino ao pecador. Aos sacerdotes correspondia à função de aplicar tais castigos aos desobedientes⁹.

- Direito romano, passaram a considerar a existência de crimes de natureza pública que correspondiam aos delitos que ofendiam diretamente o Estado, incluindo também outras infrações mais graves, e ainda os crimes de natureza privada, menos ofensivos e que eram praticados contra particulares. Posteriormente, no período do Império a criação de um procedimento extraordinário levou ao caráter público da pena, fazendo com que os crimes cometidos fossem punidos pelo Estado¹⁰.

- Direito germânico, se baseava pela verdadeira definição de norma consuetudinária, a prática reiterada de atos e a convicção da obrigatoriedade; as penas bastante degradantes. Uma das

⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I. 15. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 59.

⁸HORTA, Ana Clélia Couto. **Evolução histórica do direito penal e escolas penais**. Clubjus, Brasília-DF: 18 ago. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514>. Acesso em: 25 fev. 2015.

⁹MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 30. ed. rev. atual. 4. reimp. São Paulo: Atlas, 2014. p. 36-38.

¹⁰*Ibidem*. p. 36-38.

posições que deu ensejo à injustiça foi justamente o tratamento indiscriminado que se dava aos infratores. Quando um agente cometia um delito este era punido levando-se apenas em consideração o resultado proveniente deste. Analisava-se somente o dano ocorrido, não se discutia se ele teve intenção ou não de praticá-lo. Assim tratava-se da responsabilidade objetiva, observando apenas o resultado e ignorando-se completamente o dolo, culpa ou caso fortuito¹¹.

- Direito canônico, foi fundamental para que se pudesse constatar os primeiros traços de humanização no julgamento e aplicação dos castigos aos delituosos. Marcou o que pode ser chamado de direito penal da igreja, o qual foi gradativamente abrangendo todos do meio social, leigos e religiosos, no que tange aos crimes religiosos. Com relação aos crimes, esses eram separados em três grandes grupos, organizados de acordo com o tribunal que fosse julgá-los e a punição a ser aplicada, assim divididos entre *delicta ecclesiastica*, *delicta mere secularia* e *delicta mixta*. O primeiro deles correspondia aos delitos repreendidos na forma de penitência cuja competência era somente dos tribunais da Igreja, o segundo correspondia aos crimes analisados pelo tribunal leigo e o último um misto entre os dois, causando danos a seara laica e da religião, podendo ser de competência de qualquer um dos dois tribunais, a depender da circunstância¹².

- Período humanitário, o direito penal ganhou nesse período novos ares, buscou-se uma nova maneira de se ver o mundo marcado, sobretudo, pelo surgimento de um movimento característico conhecido como Iluminismo. Trouxe consigo a importância do pensamento crítico e da razão, juntamente com isso vieram mudanças nas mais diversas áreas do conhecimento humano, isto é, inovações políticas, sociais, religiosas, filosóficas, jurídicas etc.¹³. Passou a haver a preocupação com o ser humano em sua generalidade, os pensadores da época, incluindo-se os juristas começaram a dar mais atenção às condições humanas, questionando o modo de aplicar as leis penais e defendendo a dignidade do cidadão como sujeito de direitos. Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, filósofo e jurista, publicou seu livro *Dos delitos e das Penas (Dei delitti e delle pene)* no ano de 1764, notadamente inspirado nos ideais de Rousseau e Montesquieu. Acima de tudo, Beccaria era a favor de uma profunda mudança no sistema penal. Entre os principais pontos e argumentos defendidos por Beccaria no seu trabalho é possível que se destaque a necessária proporcionalidade dos castigos e das penas, argumentando o autor que todas as penas deveriam ser bem definidas (delimitação das penas), a inaplicabilidade da pena capital e da tortura, mostrando seu caráter injusto e

¹¹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 15. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 65.

¹²*Ibidem*. p. 65-68.

¹³*Ibidem*. p. 69.

ofensivo a dignidade, o poder de punir pertence ao Estado e o processo deve ser público, a pena não pode passar da pessoa do acusado, a ideia de presunção de inocência do acusado, o juiz aplicará a lei na forma estabelecida no Código e não além deste, limitação à prisão preventiva, a pena deve visar também a reabilitação do agressor¹⁴.

Através de normas jurídicas cogentes e imperativas o Estado controla todo o ordenamento, mantendo assim o funcionamento do Sistema, tutelando o que é certo e errado, o que é lícito e o que não é. Desse modo, todo aquele que faz parte de uma determinada jurisdição de um Estado deve se submeter às regras por ele imposta, independentemente de sua vontade. Nesse contexto, existem direitos e deveres inerentes àqueles que estão envolvidos por esse emaranhado de normas impositivas e permissivas, controlando condutas praticadas por esses sujeitos, regulando o que pode ou não ser feito por eles.

O Direito Penal experimentou uma evolução bastante considerável ao longo das eras e todo esse desenvolvimento histórico foi fundamental para o aperfeiçoamento das civilizações contemporâneas e das instituições de controle social.

A Criminologia junto ao Direito Penal apesar de atuarem lado a lado na análise criminológica em seus aspectos mais gerais, estando intimamente ligados, ambos detêm uma independência singular, apresentando pontos particulares de sua matéria. A exemplo, a criminologia situa-se no mundo do ser, o mundo real, se preocupando com aspectos que levaram o criminoso a praticar o delito, estudando o criminoso e as circunstâncias do crime, já o Direito Penal é ciência do dever ser, situada no mundo ideal, preocupada em observar o cumprimento das leis criadas por si e aplicar as sanções correspondentes a violação das mesmas¹⁵.

O Estado democrático de direito tem a prerrogativa de resguardar todos os cidadãos os seus direitos básicos e proteger os indivíduos para que seus direitos não sejam esquecidos.

1.3 Escola positivista

Os positivistas negavam totalmente a ideia clássica de um homem racional capaz de exercer seu livre arbítrio. A Escola Positivista surgiu no contexto de um acelerado desenvolvimento das Ciências (Antropologia, Psiquiatria, Psicologia, Sociologia, Estatística etc.)¹⁶.

¹⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral 1. 15. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 69-70.

¹⁵ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 86.

¹⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.* p. 36-37.

Pode-se dizer que foi com Cesare Lombroso e a publicação de sua obra “o Homem Delinquente” que de fato iniciaram-se os preceitos característicos dessa Escola. Sem dúvida, três autores dessa época podem ser citados como os mais importantes do pensamento positivista, são eles: Lombroso, considerado como pai da antropologia criminal, Rafael Garófalo, fundador da fase jurídica e Enrico Ferri responsável pela fase sociológica¹⁷.

Acrescenta Glayds Romero:

O modelo proposto pelos juristas que se aliaram ao movimento positivista respondia às necessidades da burguesia no final do século XIX. Esta havia se apoiado inicialmente em um Direito Penal Liberal que lhe havia permitido neutralizar a nobreza, limitando, através de um órgão legítimo, seu poder arbitrário. Agora, com o estabelecimento definitivo da nova ordem burguesa, era necessário encontrar outros recursos penais que assegurassem a superveniência da nova ordem social. A burguesia se sentia ameaçada, não mais pela nobreza e seu poder arbitrário, senão pelas ‘classes perigosas’, ou seja, pelas classes menos favorecidas que levavam dentro de si o germe da degeneração e o crime. As ideias penais e criminológicas dos positivistas coincidem com esta preocupação central das novas classes privilegiadas e lhes proporcionaram um instrumento prático e teórico para afugentar o perigo que para a estabilidade social representavam os despojados¹⁸.

Para a Escola Positiva os delinquentes eram considerados seres anormais, possuidores de algum distúrbio e que por isso não se enquadravam entre os cidadãos comuns. Os positivistas não acreditavam no livre arbítrio do indivíduo, defendendo assim que fatores internos ou externos é que influenciavam o comportamento do agente que não possuía discernimento para distinguir entre o certo ou o errado¹⁹.

Ao contrário do que pregava a escola clássica, os positivistas viam uma necessidade de defender mais enfaticamente o corpo social contra a ação do delinquente, priorizando os interesses sociais em relação aos individuais, acredita que o homem merece repressão porque vive em sociedade, e assim, é fundamental a responsabilidade penal na responsabilidade social e, conseqüentemente, tem a pena como um meio de defesa social e a tutela jurídica²⁰.

1.4 Funções declaradas *versus* funções não-declaradas do sistema penal

Procura-se evidenciar a real função do Sistema Penal, não apenas descrever o que o sistema diz que faz, mas apontar o que não é dito e efetivamente é feito.

¹⁷FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 286.

¹⁸ROMERO, Gladys Nancy *apud* CALHAU, Lélío Braga. **Cesare Lombroso: criminologia e a escola positiva de direito penal**. Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/112728/comentarios-cesare-lombroso-criminologia-e-a-escola-positiva-de-direito-penal>>.

Acesso em: 03 maio 2015.

¹⁹FREITAS, Ricardo de Brito A. P. *op. cit.* p. 286-290.

²⁰*Ibidem.* p. 37.

A ideologia dominante do Sistema Penal é formada pela ideologia liberal, que tem por base o princípio da legalidade e a ideologia da defesa social, que tem como fundamento a divisão maniqueísta da sociedade entre o bem e o mal²¹.

A ideologia da defesa social é explicada através de alguns princípios, dentre eles: princípio do bem e do mal, a sociedade é basicamente formada por pessoas de bem, no entanto, há uma minoria que insiste em perturbar a ordem social, esses são considerados pessoas do mal (divisão maniqueísta); princípio da culpabilidade, este princípio está pautado na ideia de que o autor age contra os valores e normas presentes na sociedade antes mesmo de serem sancionadas pelo legislador. O princípio da legitimidade encontra respaldo na teoria do contrato social, segundo o qual uma parte da liberdade dos indivíduos fora entregue ao Estado e esse é responsável pela manutenção da paz e segurança; princípio de igualdade, que visa garantir a aplicação da lei de forma igualitária sem qualquer distinção; princípio do fim ou da prevenção: baseia-se na premissa de que a pena, além do caráter retributivo, possui também caráter de prevenção²².

Nota-se que os princípios que norteiam a ideologia da defesa social são basicamente os mesmo que legitimam as funções declaradas do Sistema Penal. As funções declaradas estão calcadas na ideologia liberal e da defesa social, apesar de não representarem o objetivo, a finalidade desse sistema.

Denomina-se as funções declaradas e não declaradas de verdades e mentiras do Sistema Penal. Assim, as funções declaradas seriam as mentiras, ou seja, o Sistema Penal utiliza o discurso da defesa social para criar um conjunto de ações que ocultam a realidade, a verdade (funções não declaradas)²³.

Consideram-se funções declaradas do Sistema Penal o controle social mediante a garantia de que nenhum cidadão será incriminado sem que estejam presentes em seu ato a conduta típica, antijurídica e culpável. Essa garantia está embasada no princípio da legalidade, em que todo cidadão só poderá ser incriminado caso sua conduta descreva um tipo penal, procurando, assim, evitar a arbitrariedade do Estado²⁴.

²¹PINTO, Alessandro Nepomoceno. **O sistema penal: suas verdades e mentiras.** Verso e reverso do controle penal. Florianópolis: Boiteux, 2002. p. 50.

²²*Ibidem.* p. 51.

²³*Ibidem.* p. 51.

²⁴CHAVES JÚNIOR, Airto. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.** Colômbia, v. 41, n. 114, 2011. p. 90-91. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n114/v41n114a03.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

A igualdade perante a lei é outra garantia assegurada pelo sistema. Essa função parte do princípio de que a lei será aplicada a todos, independentemente de cor, raça, sexo, posição social ou de qualquer motivo que enseje distinções²⁵.

O Sistema Penal garante que aquele que desrespeitar a norma imposta, desencadeará o processo penal, vindo a ser condenado; receberá uma punição que além do caráter retributivo, terá também a finalidade de prevenção e ressocialização (recuperação), daquele considerado desviado. Através da pena, procura-se expurgar o mal da sociedade. Portanto, a política criminal primeiramente baseia-se na repressão, em seguida na prevenção e por fim na ressocialização, caso seja possível. Desse modo, o Estado garante a segurança dos cidadãos de bem²⁶.

Por fim, caso haja um aumento na incidência de crimes, ou a mídia passe a noticiar que a violência está demasiada, levando insegurança a sociedade, surge o questionamento acerca da ineficiência do Sistema.

Quando se põe em xeque a eficiência do sistema para garantir a ordem social, surgem argumentos no sentido de que a solução é investir em políticas criminais de repressão, aumento dos gastos com segurança pública, construção de mais instituições carcerárias, pois a sociedade defende que os desviados só entendem a linguagem da violência, contribuindo efetivamente com a exclusão social²⁷.

A análise crítica das funções reais do Sistema Penal, conforme ensina Juarez Cirino dos Santos, conduz ao entendimento de que:

O Direito Penal é um sistema dinâmico desigual em todos os níveis de suas funções: a) ao nível da *definição de* crimes constitui proteção seletiva de bens jurídicos representativos das necessidades e interesses das classes hegemônicas nas relações de produção/circulação econômica e de poder político das sociedades capitalistas; b) ao nível da *aplicação de* penas constitui estigmatização seletiva de indivíduos excluídos das relações de produção e de poder político da formação social; c) ao nível da *execução* penal constitui repressão seletiva de marginalizados sociais do mercado de trabalho e, portanto, de sujeitos sem utilidade real nas relações de produção/distribuição material, mas com utilidade *simbólica* no processo de reprodução das condições sociais desiguais e opressivas do capitalismo²⁸.

²⁵CHAVES JÚNIOR, Airto. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**. Colômbia, v. 41, n. 114, 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n114/v41n114a03.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2015. p. 91.

²⁶PINTO, Alessandro Nepomoceno. **O sistema penal: suas verdades e mentiras**. Verso e reverso do controle penal. Florianópolis: Boiteux, 2002. p. 52.

²⁷*Ibidem*. p. 52.

²⁸SANTOS, Juarez Cirino dos. *apud* ARGÜELLO, Katie. **Do estado social ao estado penal: invertendo o discurso da ordem**. 2005. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015. p. 12.

Acrescenta Alessandro Baratta:

Deslinda-se em definitivo o caráter desigual do sistema penal, o qual, por um lado, pune certos comportamentos ilegais (das classes subalternas) para encobrir um número bem mais amplo de ilegalidades (das classes dominantes), que ficam imunes ao processo de criminalização; e, por outro, aplica de modo seletivo sanções penais estigmatizantes, especialmente a prisão, incidindo no *status* social dos indivíduos que fazem parte dos setores mais vulneráveis da sociedade, os quais, dessa maneira, permanecem impedidos de ascender socialmente²⁹.

Diante da adoção da ideologia da defesa social, fica evidente a seletividade no Sistema Penal, nesse sentido, afirma Michel Foucault: “as prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e criminosos permanece estável, ou ainda pior, aumenta”³⁰.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que existem dois sistemas penais: um formal e outro informal. Como afirmam Isabella de Assis e Marcus Assaiante:

O sistema formal é composto por leis penais, agências e prisões. O informal é composto por penas ilegais que são mascaradas e aplicadas pelo Estado. Assim, existe um sistema penal subterrâneo, dono de penas privadas que extrapolam o âmbito penal, garantindo o suplício dos excluídos que sobrevivem nos cárceres do Brasil³¹.

O discurso oficial das funções declaradas do Sistema Penal continua a afirmar que a função da pena é reprovar o crime atual e prevenir delitos futuros. No entanto, pode observar que a repressão através da pena não traz melhoria alguma aos condenados. Pelo contrário, uma vez pego pelas garras do Sistema Penal, as chances desses criminosos seguirem a carreira do crime são altíssimas devido ao estigma que carregarão por toda vida³².

1.5 Direito penal mínimo e máximo

O Brasil, de acordo com a Constituição Federal, vigente é um Estado Democrático de Direito, com respaldo no preâmbulo e no artigo 1º da Carta Magna:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade

²⁹ BARATTA, Alessandro *apud* ARGÜELLO, Katie. *Ibid.* p. 12.

³⁰ FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**: história de violência nas prisões. Trad. Ponde Vassallo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 234.

³¹ ASSIS, Isabella Bogéa de; ASSAIANTE, Marcus Alexandre Marinho. **O sistema penal subterrâneo sob a ótica da criminologia crítica**: o suplício dos excluídos nos cárceres brasileiros. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2132, 3 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12677/o-sistema-penal-subterraneo-sob-a-otica-da-criminologia-critica>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

³² DIETER, Maurício Stegemann. O programa de política criminal brasileiro: funções declaradas e reais. **Revista Eletrônica do CEJUR**, Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007. p. 23.

fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [...]

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]³³. (*sic*)

Em um Estado Democrático de Direito, o modelo do Direito Penal Mínimo é o ideal, no entanto, o Brasil encontra-se muito distante dele. O Direito Penal Mínimo significa o mínimo de intervenção estatal e o máximo de garantias constitucionais, sobretudo, nos princípios basilares advindos, expressa ou implicitamente, da Carta Magna, tais como: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da intervenção mínima, princípio da insignificância, princípio da legalidade, dentre tantos outros. É exatamente o que expressa o garantismo, acrescenta Patrícia Rassi: “é a base delineadora da evolução das normas penais, amparados pela intervenção mínima, e tendo como alicerces os direitos fundamentais e os princípios constitucionais, assegurando assim a estabilidade jurídico-social”³⁴.

Entretanto, não é isso que é posto em prática, ficando apenas no plano abstrato. O Direito Penal está em plena expansão. Cada dia mais leis são aprovadas, recriminando mais e mais condutas. E é assim porque é mais barato aprovar leis do que investir em políticas criminais eficazes. Assim, a resposta estatal para o incremento das práticas delituosas tem sido a multiplicação das leis, ou seja, a inflação legislativa. O simbolismo da repressão traz a falsa ilusão de segurança jurídica.

Ao aprovar inúmeras leis criminalizando e penalizando condutas, o Estado não está prevenindo o crime, mas sim ludibriando a população que clama por mais segurança e menos violência e impunidade. Esse é o entendimento de Tuska do Val Fernandes, Procuradora do Estado de Minas Gerais, quando diz que o Direito Penal brasileiro deságua em um Direito Penal Simbólico:

Para a lei penal não se reconhece outra eficácia senão a de tranquilizar a opinião pública, ou seja, um efeito *simbólico*, com o qual se desemboca em um direito penal de risco simbólico, ou seja, os riscos não se neutralizam, mas ao induzir as pessoas a acreditarem que eles não existem, abrandam-se a ansiedade ou, mais claramente, mente-se, dando lugar a um direito penal promocional, que acaba se convertendo em um mero difusor de ideologia³⁵. (*sic*)

³³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2015.

³⁴RASSI, Patrícia Veloso de Gusmao Santana. **Direito penal mínimo**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 50, fev 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3>. Acesso em: 25 fev. 2015.

³⁵FERNANDES, Tuska do Val. **O direito penal e a moderna imputação objetiva**: Traços de uma resposta a uma contemporânea visão de época. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1564, 13 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10520/o-direito-penal-e-a-moderna-imputacao-objetiva>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

Sendo o Direito Penal Mínimo a minimização do Direito Penal, suas metas consistem, em síntese, na despenalização, descriminalização e na descarcerização.

Para Luiz Flávio Gomes, a descriminalização em sentido estrito “consiste no processo de retirar o caráter ilícito ou o de ilícito penal de uma conduta. Descriminalizar é retirar do Sistema Penal um valor como objeto de tutela”³⁶. Significa retirar da esfera penal condutas menos gravosas e que deixaram de ser delitivas.

É indiscutível que a pena não cumpre seu papel de prevenir o crime e muito menos de ressocializar o indivíduo e este ao ser encarcerado além da privação de sua liberdade também é privado da maioria dos outros direitos vitais inerentes a pessoa como a dignidade, a integridade, a igualdade entre outros. Neste aspecto, analisa-se a despenalização e a descarcerização. Advoga Flávio Gomes que despenalizar significa:

Adotar processos ou medidas substitutivas ou alternativas, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito da conduta, dificultar ou evitar ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução ou, ainda, pelo menos, sua redução³⁷.

A despenalização consiste no fim da pena como um todo, no entanto, não retira o caráter de ilícito penal do fato. O comportamento em causa deixa de ser penalizável, mas continua a estar sob regulamentação. O Direito não é retirado, mas sim estabelecido as condições em que a ação penal deixa de se verificar.

A descarcerização tem como fundamento a adoção de processos que evitem a utilização do cárcere como pena antecipada, ou seja, visem evitar a decretação ou a manutenção da prisão cautelar. Acredita Luiz Flávio Gomes que “a descarcerização possa significar um abrandamento da superlotação dos presídios, tornando-os mais humanos e decentes”³⁸.

A despenalização e descarcerização são nitidamente conceitos diferentes. Enquanto a primeira prevê o fim da pena como um todo, a segunda busca medidas alternativas à aplicação da pena privativa de liberdade. Portanto, ao analisar o Sistema Penal brasileiro, nota-se o longo caminho que o Brasil precisa percorrer para alcançar o modelo de justificação apontado pelo Direito Penal Mínimo.

Em contrapartida ao Direito Penal Mínimo, tem-se o Direito Penal Máximo. Enquanto aquele consiste na mínima intervenção do Estado, na luta pelo garantismo penal, o outro encontra fundamento no Direito Penal de total rigor, com menos garantias individuais.

³⁶GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal Mínimo: lineamentos das suas metas. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, v. 1, n. 5, p. 71-96, jan./jun., 1995. p. 72.

³⁷*Ibidem*. p. 74.

³⁸*Ibidem*. p. 75.

O modelo de Direito Penal Máximo caracteriza-se pela excessiva severidade, pela incerteza, a imprevisibilidade das condenações e das penas e por configurar um sistema não controlável racionalmente pela ausência de parâmetros certos e racionais³⁹.

Essa teoria afirma que os menores delitos têm que ser punidos com rigor extremo, pois isso desencorajaria os indivíduos de cometerem crimes mais graves. Esse modelo tem como válvula propulsora a mídia, basta um crime ser amplamente noticiado, divulgado repetidas vezes que a população solidariza-se com o problema e reivindica maior punição.

Hoje qualquer conduta é passível de tornar-se crime, desde que comova a sociedade. O legislador cria leis que visam atender aos anseios da população e não políticas criminais efetivas. Explana Douglas Torres:

Na atualidade o Brasil passa por uma fase onde leis penais de cunho simbólico são cada vez mais elaboradas pelo legislador infraconstitucional. Essas leis de cunho simbólico, trazem uma forte carga moral e emocional, revelando uma manifesta intenção pelo Governo de manipulação da opinião pública, ou seja, tem o legislador infundindo perante a sociedade uma falsa idéia de segurança⁴⁰. (*sic*)

Acrescenta Louise Silva:

O direito penal máximo exerce uma função puramente simbólica, na medida em que apenas ‘tapa o sol com a peneira’, em outras palavras, joga os transgressores nos presídios, isolando-os da sociedade, para acalmar a população exaltada, sem efetivamente solucionar o problema, pois não busca saber as causas que levaram o indivíduo a violar o sistema. [...] torna-se importante ressaltar que ainda não existem respostas acerca de como deve ser o direito penal da globalização, mas é certo que esse não pode se desvincular das garantias individuais arduamente conquistadas em anos de luta, pois isso representaria um verdadeiro retrocesso⁴¹.

É ilusório pensar que o rigor da lei signifique a construção de um Direito Penal forte e eficaz. Para obter a eficácia do direito penal, o Estado deve se imunizar da vingança pública sob pena de perder sua própria identidade. Não se pode permitir a dramatização da violência para justificar o desrespeito aos direitos fundamentais. O custo a pagar é muito alto, para somente dar uma resposta fictícia a esta sociedade que clama por justiça a qualquer preço.

Mas, em razão da violência crescente, tem sido cada vez mais recorrente o uso da repressão para a solução do problema social. Entretanto, a instrumentalização, operacionalização dessa repressão não é igualitária. Muito pelo contrário, a seleção de quem será punido, perpassa uma série de filtros que são estabelecidos desde uma incapacidade estrutural até a influência de poder.

³⁹SILVA, Louise Trigo da. **Algumas reflexões sobre o direito penal máximo**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 111, abr. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13103&revista_caderno=3>. Acesso em: 02 mar. 2015.

⁴⁰TORRES, Douglas Dias. **O direito penal na atualidade**. Direitonet, 2001. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/333/O-Direito-Penal-na-Atualidade>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

⁴¹SILVA, Louise Trigo da. *op. cit.*

CAPÍTULO 2 ANÁLISE A LEI Nº 11.343/2006

2.1 Conceito de droga

A Organização Mundial de Saúde conceitua droga como sendo “toda substância que, introduzida no organismo, que provoca alterações no seu funcionamento, modificando uma ou mais das suas funções”⁴².

A palavra droga, segundo explica o Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas - CEBRID, “deriva do holandês *droog*, cujo significado é folha seca, já que os medicamentos eram feitos à base de vegetais”⁴³.

Dentre outras palavras, é tudo aquilo que ao penetrar no corpo humano seja capaz de modificar suas funções normais. Podem ser naturais ou sintéticas, as que interferem no funcionamento orgânico ou espiritual, bem como **lícitas**, a exemplo do álcool e do tabaco, ou **ilícitas**, como é o caso daquelas cuja produção, comercialização e consumo se constituem crime, como é o caso da maconha, cocaína, crack, inalantes, heroína, LSD, morfina, chá de cogumelo, *ecstasy*, ópio e outras. O consumo excessivo dessas drogas tem se acentuado progressivamente, tornando-se um sério problema de saúde pública⁴⁴.

Segundo Carla Ventura:

As drogas ilícitas são analisadas em diversos projetos e são objeto de diretrizes de ação estabelecidas por organizações internacionais/nacionais, não-governamentais e governamentais, refletindo-se na introdução pelos países de leis e políticas públicas nacionais sobre o tema⁴⁵.

O uso abusivo de substâncias psicoativas é alvo de preocupação da sociedade brasileira, tendo em vista o elevado índice de consumo delas nas duas últimas décadas e o fato de atingir cada vez mais cedo crianças e adolescentes. Associado a essa problemática está o aumento da criminalidade, dos acidentes de trânsito, comportamentos contrários à moral e aos bons costumes, abandono da vida escolar, dentre tantos outros. Tudo isso em parceria com a falta de políticas que sejam capazes de solucionar tais problemas e do outro lado, a crescente

⁴²FERRAZ, Vanessa. **A droga vai à escola?** junho, 2010. Disponível em: <<http://www.cpihts.com/PDF%2006/Vanessa%20Ferraz.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

⁴³CEBRID. **Livreto informativo sobre drogas psicotrópicas**. Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas, 2011. Disponível em: <<http://www.mp.mt.gov.br/storage/webdisco/2011/03/30/outros/7bf9e8f681cb4e0a800e97420ee68be5.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

⁴⁴*Ibidem*.

⁴⁵VENTURA, Carla Aparecida Arena. Drogas lícitas e ilícitas: do direito internacional à legislação brasileira. **Revista Eletrônica de Enfermagem**. Goiás, jun. 2011. Disponível em: <http://www.fen.ufg.br/fen_revista/v13/n3/pdf/v13n3a22.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2015. p. 558.

demanda por serviços de tratamento⁴⁶. Inicialmente grande parte das drogas ou demais substâncias psicoativas eram utilizadas com a finalidade curativa ou médica, o homem despertou curiosidade por alguns tipos de drogas em busca da sua imortalidade, do prazer e do saber e que cada sociedade assume diferentes posturas quanto à utilização de determinadas substâncias.

É possível verificar que dentro de uma mesma cultura a aceitação do uso de uma droga possa vir a ser modificada com o passar do tempo. Enquanto um grupo considera as drogas um “mal a ser eliminado”⁴⁷, outro as toma como uma forma privilegiada de poder expressar sensibilidade e sabedoria.

Outra distinção importante é feita pela Organização Mundial de Saúde - OMS, no tocante as drogas psicoativas e psicotrópicas. Estas atuam no sistema nervoso central ocasionando mudanças de comportamento, humor, cognição e podem ser autoadministradas⁴⁸. São elas que provocam dependência, porém, o seu uso não é condenado pela medicina. Aquelas começam com uma finalidade meramente curativa ou médica e acabam por serem usadas abusivamente para fins não medicinais. Explica o psiquiatra Laranjeira:

A dependência química é uma doença crônica e recidivante, na qual o uso continuado de substâncias psicoativas provoca mudanças na estrutura e no funcionamento do cérebro. [...] O cérebro é um órgão capaz de mudar, se adaptar, ‘ser esculpido’ pelas demandas externas, fenômeno denominado neuroplasticidade⁴⁹.

De acordo com a nomenclatura dada pela OMS, as drogas psicotrópicas são assim chamadas, porque elas têm um poder de atrair a mente comprometendo o funcionamento normal do cérebro. O processo responsável pelo fenômeno da dependência é chamado de tolerância, ou seja, à medida que o dependente consome determinadas substâncias, as células do corpo adaptam-se a elas e com isso aumenta-se a dose ingerida ou utiliza-se alucinógenos mais pesados capazes de provocarem efeitos fortes tanto quanto os produzidos pela primeira vez⁵⁰.

Ao passar por esse processo, o usuário tornou-se um verdadeiro dependente, ele tem fome da droga e caso venha a ocorrer uma queda no consumo dessa substância o seu

⁴⁶LARANJEIRA, Ronaldo. **Usuários de substâncias psicoativas: abordagem, diagnóstico e tratamento**. 2. ed. CREMESP/AMB, 2003. p. 12. Disponível em: <http://www.mp.pe.gov.br/uploads/9egR0Q_9KQeF_tcNoRw/j_BhlIbC1wUaeqZLKKY-1g/Usurios_de_substancias_psicoativas_-_abordagem_diagnostico_e_tratamento.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2015.

⁴⁷BRUCHER, Richard. *apud* FERRAZ, Vanessa. **A droga vai à escola?** junho, 2010. Disponível em: <<http://www.cpihts.com/PDF%2006/Vanessa%20Ferraz.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

⁴⁸OMS *apud* CARLINI, Elisaldo Araújo *et al.* Drogas psicotrópicas: o que são e como agem. **Revista IMESC**, nº 3, 2001. Disponível em: <<http://www.imesc.sp.gov.br/pdf/artigo%201%20-%20DROGAS%20PSICOTR%20C3%93PICAS%20O%20QUE%20S%20C3%83O%20E%20COMO%20AGEM.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

⁴⁹LARANJEIRA, Ronaldo. Bases do tratamento da dependência de crack. *In*: RIBEIRO, Marcelo; LARANJEIRA, Ronaldo. (Org.) **O tratamento do usuário de crack**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012. p. 23.

⁵⁰OMS *apud* CARLINI, Elisaldo Araújo *et al.* *op. cit.* p. 3.

organismo sofrerá a chamada Síndrome de Retirada ou de Abstinência, que é o “conjunto de reações físicas e emocionais decorrentes da falta da droga no organismo”⁵¹.

Isso pode variar e depender do tipo de entorpecente utilizado e do grau de dependência em que se encontra.

As substâncias psicotrópicas ilícitas, mais conhecidas como consumo de drogas, são produtos químicos que afetam o sistema nervoso central e produzem momentos de prazer, euforia, alívio do medo, da dor e demais frustrações. Mas, a intensidade das alterações produzidas por determinada droga no organismo dependem dos mais variados fatores, tais como: o tipo de droga, a quantidade utilizada, as características pessoais do utilizador, as expectativas em relação aos efeitos da substância e as circunstâncias nas quais ocorre o uso⁵².

2.2 Nova lei de drogas

Instituída em 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.343, Lei de Drogas, prescreve medidas para a prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas⁵³.

A nova Lei de Drogas revogou as duas legislações anteriores, a Lei nº 6.368/1976, que inicialmente dispôs sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica⁵⁴, porque já não acompanhava mais o ritmo da criminalidade moderna e a Lei nº 10.409/2002, que dispôs sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde⁵⁵, esta tinha como objetivo inovar o ordenamento jurídico porém, sofreu vários vetos do Presidente da República por possuir trechos que iam de encontro a Carta Magna e ao interesse público.

A atual legislação é responsável pela criação do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, cujo objetivo é lançar medidas para prevenir o uso indevido, atenção e

⁵¹NOGUEIRA, Cláudio Martins. **Drogas o que elas podem fazer com você**. Disponível em: <<http://www.canalminassaude.com.br>>. Acesso: 01 mar. 2015.

⁵²CURY, Augusto Jorge. **A pior prisão do mundo**. Academia de Inteligência, 2000. Disponível em: <<http://momento.sobaoticaespirita.com/apiorprisaodomundo.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

⁵³BIANCHINI, Alice. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. In: GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 31.

⁵⁴MARCÃO, Renato. **Tóxicos: leis nº 6.368/1976 e nº 10.409/2002: anotadas e interpretadas**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 3.

⁵⁵*Ibidem*. p. 527.

reinserção social dos usuários e dependentes de substâncias alucinógenas como também normas capazes de reprimir a produção não autorizada e o tráfico ilícito de entorpecentes⁵⁶.

A Lei em comento, que rompeu com as anteriores (Lei nº 6.368/1976 e nº 10.409/2002), trouxe profundas modificações no tocante a crimes relacionados a drogas, uma delas foi a distinção entre o traficante e o simples usuário de entorpecentes. Fazendo essa diferenciação, as condutas praticadas pelos dependentes são atenuadas ao passo que as ações realizadas pelos traficantes e disseminadores de alucinógenos são majoradas, ou seja, agrava a situação penal dos mesmos e conseqüentemente provoca um aumento na pena privativa de liberdade dos respectivos crimes, quais sejam: o uso e o tráfico⁵⁷.

O **usuário** pode ser visto como aquele que usa a droga sem obsessão, ou seja, consegue controlar o consumo de tal maneira que não se prejudica em sua vida social, profissional e familiar. O indivíduo utiliza substâncias entorpecentes casualmente e por opção, para dar-lhe uma sensação de conforto ou bem estar⁵⁸.

O **dependente químico** é aquele que através de um ou mais tipos de drogas, busca a fuga de uma realidade com a qual não consegue lidar. Esse consumo passa a ser intenso, desmedido e obsessivo, tornando impossível uma vida social, relacional e profissional aceitável. Nessa situação o indivíduo encontra-se destituído de força e vontade própria, e, buscando atender a uma necessidade orgânica, perde, muitas vezes, a capacidade de perceber a ilicitude de seu comportamento⁵⁹.

Já o **traficante** pode ser compreendido como o indivíduo que comercializa substâncias tóxicas que causam dependência a quem as consome. Em muitos casos ele não é viciado sendo apenas um intermediário entre o usuário e o produtor da droga⁶⁰.

Há casos, no entanto, em que o consumidor se envolve com a comercialização da droga como forma de manter o seu vício, devido ao fato de sua capacidade laboral se encontrar comprometida.

Esclarece-se segundo Gilberto Pacheco que:

O tráfico é toda a conduta que tem por objetivo destinar drogas à terceiros, com ou sem intuito de lucro. É o elemento subjetivo exigido pelo tipo. Somente o art. 28 possui elemento subjetivo do tipo 'para consumo pessoal', enquanto o art. 33 contém o dolo genérico. Se o objetivo não é traficar, então é porque a droga é

⁵⁶BIANCHINI, Alice. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. In: GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 31.

⁵⁷*Ibidem*. p. 32.

⁵⁸CURTET, Francis. **A droga é um pretexto**. São Paulo: Loyola. 2005. p. 34.

⁵⁹GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **A nova lei antidrogas comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 83.

⁶⁰VASCONCELOS, Paulo Roberto Caldas de. **Comentários sobre a justiça terapêutica e sobre as leis antitóxicos**. Recife: R.C, 2004. p. 60.

destinada ao consumo pessoal. Quem tem o dever de provar a destinação para a traficância é o órgão acusador. Na dúvida ou na insuficiência de provas para tráfico, a tipificação recai na conduta do usuário, ou até, de absolvição⁶¹.

Ademais, a Lei de Drogas estabeleceu uma série de critérios para se descobrir se a droga destina-se ou não a consumo pessoal, dentre eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente⁶².

O objetivo dessa nova lei é não mais utilizar a pena de prisão para os usuários de drogas. Porém, os procedimentos criminais em relação a eles permanecerão, ou seja, o sujeito pego em flagrante utilizando substâncias psicotrópicas será encaminhado a delegacia, assinará o Termo Circunstanciado e se comprometerá a comparecer a audiência no Juizado Especial Criminal. Apesar disso, essa legislação caminha no sentido da descriminalização do uso⁶³.

Segundo Otávio Ferreira:

O usuário é visto como um doente, não como um criminoso. Desde a Convenção sobre as substâncias psicotrópicas de 1971 e do Protocolo de Genebra, [...] adotou-se uma postura mais branda em relação aos consumidores, a chamada clínico-psicossocial. Prega-se a necessidade de os Estados identificarem casos de uso mais abusivo de drogas para assegurar o tratamento, a educação e a pós-cura com a ressocialização de dependentes como substituto da reação punitiva ou acumulada a ela⁶⁴.

O usuário de drogas receberá tratamento especial e a ele poderão ser aplicadas penas restritivas de direito cominadas abstratamente no tipo penal (art. 28 da Lei nº 11.343/2006), não mais podendo ser utilizada a pena privativa de liberdade para esse caso concreto (uso de substâncias alucinógenas), porém aplica-se para as condutas de possuir ou portar entorpecentes⁶⁵. E, pode ser punido com penas do tipo: prestação de serviço à comunidade, advertência verbal, medida educativa, por exemplo, comparecer a programas ou cursos de conteúdo educacional. Porém, caso seja condenado por um dos delitos previstos no artigo 28, *caput* e Parágrafo primeiro e se recuse a cumprir a pena restritiva de direito, será advertido pelo juiz e em último caso, aplicar-lhe-à multa, cujo valor e quantidade serão fixados de

⁶¹PACHECO, Gilberto Thums Vilmar. **Nova lei de drogas: crimes, investigação e processo**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 50.

⁶²GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Lei de drogas: comentada artigo por artigo**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 173.

⁶³MENDONÇA FILHO, Frederico Policarpo de Mendonça. **O usuário e a nova Lei de Drogas: apontamentos preliminares para pesquisa**. Disponível em: <http://www.neip.info/upd_blob/0000/219.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2015.

⁶⁴FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Drogas e direito penal mínimo: análise principiológicas da criminalização de substâncias psicoativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 75, nov./dez., 2008. p. 187.

⁶⁵SILVA, César Dario Mariano. **A posse ou porte de droga para uso próprio continuará a ser crime após a vigência da nova Lei Antitóxicos?** CONAMP. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm>>. Acesso em: 07 fev. 2015.

acordo com a lei. Não há que se falar também na possibilidade de converter as penas restritivas de direito em privativas de liberdade já que, não há previsão legal:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - Advertência sobre os efeitos das drogas; II - Prestação de serviços à comunidade; III - Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

Parágrafo 1º. Às medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica⁶⁶.

O argumento defendido por alguns doutrinadores de que a posse ou porte de drogas para uso pessoal, assim como a sementeira, cultivo ou colheita de plantas utilizadas na preparação de determinados entorpecentes (art. 28, *caput* e Parágrafo 1º), são considerados infrações *sui generis*, não mais crime⁶⁷.

Dessa forma, acabou-se a discussão em torno da natureza do delito praticado, ser o agente do fato traficante ou usuário. A nova Lei traz um dispositivo para punir a conduta quando o objeto material estiver relacionado ao tráfico (art. 33, Parágrafo 1º, inciso II), bem como reservou o art. 28, Parágrafo 1º, para tratar do tipo penal do ato de cultivar, semear ou colher plantas destinadas à preparação de drogas, assim tratado como um crime específico.

A partir dessa visão, ressalta-se que o mero usuário não se encontra mais no mesmo patamar daquele que comete outro tipo de delito, aquele que causa dano e desequilíbrio a ordem social, e pior, a própria saúde física e mental provenientes dos efeitos produzidos por tais substâncias. Em relação ao dependente não há mais que se falar em prisão mas sim, em medidas socioeducativas, tanto de tratamento quanto de reinserção social, ou seja, essa Lei passa a ser mais branda em relação ao dependente⁶⁸.

A Lei nº 11.343/2006, não define o que venha a ser droga, portanto tem a característica de norma penal em branco e limita-se a preceituar o que serão consideradas como tal. Traz um conceito genérico no seu art. 1º qual seja: “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”⁶⁹.

⁶⁶BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

⁶⁷SILVA, César Dario Mariano. **A posse ou porte de droga para uso próprio continuará a ser crime após a vigência da nova Lei Antitóxicos?** CONAMP. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

⁶⁸ROSA, Rodrigo Silveira. **O novo entendimento dado aos usuários de drogas ilícitas: doente ou delinquente?** Disponível em: <<http://www.pesquisadireito.com/artigos/penal/novo-ent-usu-di-dd>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

⁶⁹BRASIL. Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006. *op. cit.*

O legislador quis mostrar que o uso de drogas disseminou-se pela sociedade e para isso, busca medidas para sanar essa problemática na qual o Estado deve encarar como um problema de saúde pública, fornecendo meios para inserir novamente esses personagens no meio social. Não há que se falar em aplicação da pena privativa de liberdade para usuários mas sim, sanções alternativas. Outra inovação é que não se fala mais em propositura de inquérito policial e sim em termo circunstanciado para aquele que for pego com drogas de consumo pessoal⁷⁰.

Os crimes que mais levavam ao encarceramento eram os de ordem patrimonial tais como: o furto e o roubo. Hoje em dia essa realidade mudou e o grande responsável por esse fenômeno social relacionado ao cárcere privado é o tráfico de drogas, que vem crescendo em larga escala⁷¹.

Muitos criminalistas acreditam que o cárcere não é o melhor remédio para solucionar o problema do narcotráfico e que na maioria dos casos contribui para a profissionalização do delito. Há quem proponha penas alternativas, como é o caso das restritivas de direito, para punir os pequenos traficantes (aqueles flagrados pela polícia portando uma pequena quantidade de droga). Argumenta Sérgio Salomão Shecaria: “não há como comparar a mulher que leva droga para o marido na prisão, por exemplo, com uma pessoa que fica na favela com um caminhão carregado de entorpecentes”⁷².

A atual legislação sobre drogas, diferencia o uso do tráfico, alertando que usuários primários e com bons antecedentes criminais a partir da vigência dessa norma podem responder pelo crime em tela com medidas alternativas, enquanto que os traficantes, beneficiários do comércio ilícito de entorpecentes, serão punidos com a pena de prisão⁷³.

O uso de drogas ainda é um tema bastante discutido na contemporaneidade e infelizmente os usuários e dependentes carregam o estigma da criminalidade. As legislações anteriores eram bastante severas e tampouco faziam distinção entre uso e tráfico, havendo uma desproporcionalidade na punição em relação àqueles que se beneficiavam do comércio de tais substâncias.

Observa-se que toda essa problemática é fruto de uma cultura conservadora, preconceituosa e discriminatória, que trata de forma igual os desiguais, ou seja, oferece o

⁷⁰CURY, Augusto Jorge. **A pior prisão do mundo**. Academia de Inteligência, 2000. Disponível em: <<http://momento.sobaoticaespirita.com/apiorprisaodomundo.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

⁷¹HASHIMOTO, Érica Akie. **Tráfico de drogas é crime que mais condena no Brasil**. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticas.org.br/trafico-de-drogas-e-crime-que-mais-condena-no-brasil/2013>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

⁷²SHACARIA, Sérgio Salomão *apud* HASHIMOTO, Érica Akie. *Ibid.*

⁷³HASHIMOTO, Érica Akie. *Ibid.*

mesmo tratamento para quem é dependente de psicotrópicos e àquele que pratica o comércio de drogas ilícitas. É também produto final de um sistema educacional defasado, pois diz respeito a um tema que não obteve êxito na sua tarefa de prevenção⁷⁴.

Segundo Luciana Boiteux:

A legislação brasileira sobre as drogas sofreu direta influência das Convenções das Nações Unidas, com forte marca proibicionista, que estabelecem como padrão a resposta repressiva ao problema das drogas, tanto para usuários como para traficantes. Estas foram incorporadas de forma acrítica ao ordenamento jurídico nacional, tendo o Brasil se comprometido a combater o tráfico, reduzir o consumo e a demanda com todos os meios disponíveis, inclusive mediante o mais drásticos de todos, o controle penal⁷⁵.

Ressalta-se que a preocupação demonstrada pelo legislador é bem nítida ao diferenciar o traficante do mero usuário. Para este não mais se aplicará a prisão, esta será utilizada como *ultima ratio*, aplicar-se-ão medidas educativas. Agora, é de competência do Estado à disponibilização de locais de tratamento adequados aos dependentes bem como implantar políticas socioeducativas capazes de acompanhar o ritmo de uma sociedade em constante transformação⁷⁶.

A competência para conceituar drogas continua sendo do Ministério da Saúde, que por meio de portarias expedidas por seus órgãos publica várias listas periódicas as quais especificam as substâncias que serão consideradas drogas ilícitas. A Lei nº 11.343/2006 passou a utilizar uma nomenclatura diversa da usada pelas Leis nº 6.368/1976 e nº 10.409/2002, substituindo entorpecente por droga.

Até a Segunda Guerra Mundial o dependente era visto como um viciado (aquele que tinha conduta compulsiva agia de maneira incontrolada enfim, era considerado um proscrito social). No Pós-Guerra, levava-se em consideração o critério da condição social e o usuário recebia a denominação de delinquente. A partir desse contexto, o foco dado pela OMS ao viciado era de uma pessoa enferma e a dependência a tais substâncias, uma patologia⁷⁷.

Ademais, com o fenômeno da redemocratização, a política criminal assumiu uma nova roupagem, ou seja, passou a pensar de forma diferente, juntamente com a Assembleia Nacional Constituinte e a promulgação da Constituição Federal de 1988, está alicerçada na democracia e à luz dos direitos e garantias fundamentais prevista no seu artigo 5º. Com base nesses princípios,

⁷⁴HASHIMOTO, Érica Akie. **Tráfico de drogas é crime que mais condena no Brasil**. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticas.org.br/trafico-de-drogas-e-crime-que-mais-condena-no-brasil/2013>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

⁷⁵BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. In: LEMOS, Clécio *et al.* (Coord.). **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 84.

⁷⁶ROSA, Rodrigo Silveira. **O novo entendimento dado aos usuários de drogas ilícitas: doente ou delinquente?** Disponível em: <<http://www.pesquisadireito.com/artigos/penal/novo-ent-usu-di-dd>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

⁷⁷*Ibidem*.

deve haver respeito às diferenças bem como as particularidades de cada ser humano. Podem ainda ser extraído deles a liberdade da pessoa e conseqüentemente o respeito ao direito à privacidade⁷⁸.

Em 1990, o Brasil deu mais um passo no combate ao tráfico de drogas, com a criação do Sistema de Vigilância da Amazônia - SIVAM, que com satélites e radares teve como objetivo não só proteger as matas, visualizando os pontos de destruição pelos madeireiros, mas também controlar outras atividades clandestinas como o tráfico de drogas⁷⁹.

Em 1998, foi criada a Secretaria Nacional Antidrogas - SENAD, ligada ao governo federal e que dá apoio os Estados. Nas grandes metrópoles, as policiais civis montaram até departamentos especializados, visando, principalmente, apreender os traficantes, tirá-los de circulação e, conseqüentemente, diminuir a quantidade de drogas em circulação. Em São Paulo, por exemplo, existe o DENARC - Departamento de Repressão ao Narcotráfico, que tem dezenas de delegados e investigadores só para trabalhar contra o narcotráfico. Com equipamentos modernos e a utilização de escutas telefônicas (autorizadas pela Justiça), eles buscam prender “peixes grandes” do tráfico de drogas⁸⁰.

O Centro Antitóxicos de Prevenção e Educação - CAPE, foi criado em 1994, pela Resolução nº 226/94 da Secretaria de Estado da Segurança Pública, com o objetivo de desenvolver ações no âmbito do atendimento, orientação, encaminhamento e acompanhamento aos usuários de substâncias que determinem dependência física ou psíquica⁸¹.

Em 09 de agosto de 2000, o CAPE passou a pertencer à Divisão Estadual de Narcóticos -, que lança a Cartilha de Prevenção ao Uso de Drogas, destinada aos pais, houve distribuição de informação em todo o Estado, marcou uma frente de medidas preventivas ao tráfico de drogas que a polícia civil do Paraná intensifica batizada de Dia de Combate ao Tráfico de Drogas. Além da distribuição do material, cerca de 1.800 alunos do Colégio Estadual do Paraná, localizado em Curitiba, participam de palestras de orientação, acompanhados de seus pais⁸².

O Decreto nº 5.912 de 27 de setembro de 2006, que regulamentou o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - SISNAD, criado pela Lei nº 11.343/2006 em vigor, revogou o Decreto nº 3.696 de 21 de dezembro de 2001, que dispôs sobre o Sistema

⁷⁸ROSA, Rodrigo Silveira. **O novo entendimento dado aos usuários de drogas ilícitas: doente ou delinquente?** Disponível em: <<http://www.pesquisedireito.com/artigos/penal/novo-ent-usu-di-dd>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

⁷⁹*Ibidem*.

⁸⁰SOUZA, Fátima. **Como funciona o tráfico de drogas**. Disponível em: <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/trafico-de-drogas6.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

⁸¹FRIGÉRIO, João Carlos. **Denarc lança cartilha de prevenção ao uso de drogas**. Publ. 2009. Disponível em: <plantaio190.com.br/.../denarc-lanca-cartilha-de-prevencao-ao-uso-de-drogas/>. Acesso em: 27 abr. 2015.

⁸²*Ibidem*.

Nacional Antidrogas, resolução da Diretoria Colegiada RDC nº 58 de 5 de setembro de 2007, que regulamenta a fiscalização e controle de substâncias anorexígenas⁸³.

Dessa forma a lei penal funciona como uma garantia e não como um limitador de liberdade. Não é papel do Estado atingir a essência, nem cercear a liberdade, muito menos ferir a dignidade da pessoa humana. Havia um conflito normativo já que a Lei Maior protege o direito à privacidade enquanto que a antiga Lei de Drogas feria esse direito constitucional sob o argumento de estar protegendo a saúde pública, outro bem jurídico⁸⁴.

À luz do Estado Democrático de Direito que define democracia como sendo respeito às diferenças, não há que se falar em penalização para o usuário de drogas pois, vai de encontro com os princípios e normas constitucionais. Assim posiciona-se sobre o assunto Arlete Hartmann: “o direito não pode interferir na esfera da vida privada das pessoas, a menos que estas provoquem um dano concreto e direito a terceiros, independentemente dos danos que estas condutas possam causar ao usuário de drogas”⁸⁵.

O uso de drogas configura uma infração de mera conduta, ou seja, não há necessidade de provar o perigo concreto e cujo objeto material é o entorpecente que se não for apreendido torna-se impossível à comprovação da materialidade do fato.

A Lei nº 11.343/2006 define no seu artigo 28, Parágrafo 2º, os critérios utilizados pelo juiz para diferenciar o tráfico da utilização:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - Advertência sobre os efeitos das drogas; II - Prestação de serviços à comunidade; III - Medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo;
Parágrafo 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente⁸⁶.

A nova Lei de Drogas, de um lado dá um tratamento mais brando ao usuário de substâncias alucinógenas e do outro enrijeceu em relação ao tráfico (tipificado como crime), punindo com mais rigor o traficante, o que torna os procedimentos criminais ainda mais rigorosos, aplicando uma pena de prisão mais severa. Por mais que se tente fazer uma distinção entre os

⁸³ GREGO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção - prevenção**. Comentários à Lei de drogas - Lei nº 11.343/2006. 13. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

⁸⁴ MENDONÇA FILHO, Frederico Policarpo de Mendonça. **O usuário e a nova Lei de Drogas: apontamentos preliminares para pesquisa**. Disponível em: <http://www.neip.info/upd_blob/0000/219.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2015.

⁸⁵ HARTMANN, Arlete. *apud* ROSA, Rodrigo Silveira. **O novo entendimento dado aos usuários de drogas ilícitas: doente ou delinquente?** Disponível em: <<http://www.pesquisadireito.com/artigos/penal/novo-ent-usu-di-dd>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

⁸⁶ BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm>. Acesso em: 07 mar. 2015.

crimes, punindo de forma mais repressiva o tráfico e mais brandamente o uso, na prática essa realidade está longe de ser alcançada. Isso ocorre pelo fato de a própria legislação apresentar lacunas na definição do que venha a ser usuário e traficante, ou seja, ela não conceitua clara e objetivamente esses agentes. As ações que caracterizam ambos são bem semelhantes⁸⁷.

O fato de apresentarem uma descrição penal praticamente idêntica, faz com que na prática esses delitos sejam confundidos no momento da repressão e o que distinguirá um crime do outro será exatamente o momento do flagrante, devendo-se levar em conta antes de tudo, o contexto e só posteriormente fazer a tipificação⁸⁸.

A Lei de Drogas tem caráter nacional e não somente federal, tem aplicação no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A nova Lei de Drogas trouxe inúmeras inovações no tocante à figura do usuário: a ele não se aplica a pena privativa de liberdade, prevê penas de advertência, prestação de serviços à comunidade e medida socioeducativa. A conduta tipificada nesse caso se refere ao consumo pessoal, utilizando-se os verbos: semear, cultivar e colher plantas com destino a preparação de determinadas substâncias capazes de provocar dependência física e psíquica bem como, substituiu a expressão substância entorpecente por drogas e criou duas novas tipificações: transportar e ter em depósito⁸⁹.

Demonstra-se o artigo 12 da revogada Lei nº 6.368/76 e o artigo 33 do novo diploma legal:

Art. 12. Importar ou exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda ou oferecer, fornecer ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar ou entregar de qualquer forma, a consumo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa⁹⁰.

Art. 33. [...] ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1500 (mil e quinhentos) dias-multa⁹¹.

Alerta-se que com relação à figura do tráfico a Lei nº 11.343/2006 também trouxe algumas modificações: as condutas fornecer ainda que gratuitamente ou entregar de qualquer forma a consumo, tiveram sua redação alterada para “entregar a consumo ou

⁸⁷MENDONÇA FILHO, Frederico Policarpo de Mendonça. **O usuário e a nova Lei de Drogas**: apontamentos preliminares para pesquisa. Disponível em: <http://www.neip.info/upd_blob/0000/219.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2015.

⁸⁸*Ibidem*.

⁸⁹BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à lei de drogas (Lei n. 11.343/2006)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 86-87.

⁹⁰BRASIL. **Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

⁹¹BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

fornecer drogas, ainda que gratuitamente, além do aumento da pena que anteriormente era de 3 a 15 anos, passando a ser de 5 a 15 anos e com a imposição de multas mais pesadas (500 a 1500 dias-multa)⁹².

2.3 Tráfico de drogas

O artigo 33, *caput* da Lei nº 11.343/2006 traz de forma taxativa o conceito de tráfico de drogas de maneira objetiva mantendo a incriminação dos dezoito núcleos previsto anteriormente no *caput* do art. 12 da Lei nº 6.368/1976, alterando apenas a nomenclatura para drogas em vez de substância entorpecente ou que determina dependência física ou psíquica” prevista na Lei revogada.

Os dezoito núcleos do tipo podem ser praticados de forma isolada e sequencial configurando-se até mesmo em atos preparatórios, pois a intenção do Legislador é em dar a maior proteção ao bem jurídico tutelado que é a saúde pública, porque põe em risco a própria sociedade, contudo, por essa justificativa foi majorada a pena mínima que era de três anos de reclusão recrudescida para cinco anos, para a configuração do crime de tráfico de drogas não se necessita da ocorrência do dano, porque o perigo é presumido em forma absoluta⁹³.

Analisando-se os principais núcleos do tipo, que são importar, exportar, produzir, fabricar e vender, explana Greco Filho:

Importar é fazer entrar no território nacional, então o delito será consumado quando adentra no território do país, ou seja, ultrapassado as fronteiras do território nacional isto também ocorrendo nos limites do espaço aéreo, o núcleo do tipo em comento não se prevalece da importação ser de forma totalmente clandestina ou mascarada basta então o ato de importar sobre a irregularidade ou ausência de autorização, qualquer substância capaz de causar a dependência, assim especificado em lei ou relacionado em lista atualizada periodicamente pelo Poder Executivo da União⁹⁴.

Nesse sentido, acrescenta Carlos Bacila: “importar é mandar vir ou trazer a droga de outro país para o Brasil”⁹⁵.

A saída de drogas dos limites do território nacional seja pela via terrestre, marítima ou aérea, essa conduta é rigorosamente aplicada em nosso país por causa da Convenção Única sobre Entorpecentes de 1961, que visa no controle sobre a exportação fator decisivo a

⁹²MENDONÇA FILHO, Frederico Policarpo de Mendonça. **O usuário e a nova Lei de Drogas**: apontamentos preliminares para pesquisa. Disponível em: <http://www.neip.info/upd_blob/0000/219.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2015.

⁹³FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Drogas e direito penal mínimo: análise principiológicas da criminalização de substâncias psicoativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 75, nov./dez., 2008. p. 186-187.

⁹⁴GREGO FILHO, Vicente. **Tóxicos**: prevenção, repressão. Comentários à lei de drogas - Lei nº 11.343/2006. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 152.

⁹⁵BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à lei de drogas**: lei 11.343/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 88.

repressão ao tráfico de drogas aplicado de maneira corriqueira no Brasil e tem sido fundamental na apreensão de entorpecentes através principalmente da Polícia Federal nos aeroportos em todo país, na atualidade os traficantes se utiliza das “mulas” que são responsáveis pela entrega nos países destinatários ganhando uma remuneração realização deste tipo de delito.

E, segundo Carlos Bacila “produzir é gerar a droga, dar existência a ela”⁹⁶. Produzir, que significa dar existência, criar. Distingue-se do preparar, que quer dizer, obter por intermédio de composição, reunião de substância (já existentes) ou decomposição. O presente núcleo deve ser analisado precisamente, tanto podendo inserir neste tipo penal pequena e grande quantidade, porque pressupõe a criação de elementos que são postos em circunstância a servir de entorpecentes para criação envolvendo maior criatividade, como a indústria extrativa⁹⁷.

Afirma Greco Filho que: “fabricar, verbo acrescentado ao tipo pela lei atual, também é uma variante de preparar e produzir. Poder-se-ia dizer que fabricar é produzir mediante meio mecânico industrial”⁹⁸.

Dá-se a fabricação de drogas uma das modalidades do núcleo penal de maior prática no mundo do crime, pois em grandes metrópoles existem pequenas casas que servem de ponto de fabricação com todo material responsável para sua criação e inclusive possuidora de maquinário seja industrial ou artesanal e pessoal que se capacita para fabricar a droga.

Greco Filho se refere a venda de droga da seguinte forma: “vender é alienar mediante contraprestação, em geral, em dinheiro”⁹⁹. O autor supra mencionado esclarece de forma objetiva que no núcleo do tipo em comento teve haver uma onerosidade na venda, aqui o tipo penal não exclui a permuta, ou seja, a troca para descaracterizar o tipo penal nessa modalidade está incluída como se fosse venda.

Os delitos capitulados no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em geral pode ser praticado por qualquer pessoa sendo denominado de crime comum, visto que até o viciado pode ser sujeito ativo do delito de tráfico de drogas, mas também existe uma peculiaridade no *caput* do núcleo “prescrever” este sim é crime próprio podendo ser praticado somente por médico ou dentista, no inquérito policial também podemos classificar o sujeito ativo como indiciado.

O sujeito passivo, sem dúvida alguma, é a coletividade visto que se encontra exposta com perigo eminente pela prática de qualquer núcleo do tipo no *caput* do art. 33, da referida

⁹⁶BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à lei de drogas: lei 11.343/2006**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 88.

⁹⁷GREGO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção, repressão**. Comentários à lei de drogas - Lei nº 11.343/2006. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 152-153.

⁹⁸*Ibidem*. p. 153.

⁹⁹BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. *op. cit.* p. 88.

lei de drogas. De acordo com Vicente Greco Filho “a recente lei, como a anterior, continua a não incriminar o viciado como tal, mas considera criminoso a conduta daquele que traz consigo a droga para uso próprio (art. 28)”¹⁰⁰. Entretanto, o artigo admite coautoria e participação em todas as figuras até mesmo na de posse e guarda é o que afirma Vicente Greco Filho: “A paga a B para que este corra os riscos da guarda de entorpecente de propriedade do primeiro, ambos respondem pela guarda ilegítima”¹⁰¹.

Acrescenta Carlos Bacila:

A importância prática da distinção entre tipo instantâneo e permanente, está no fato que aquele que adquire pode ter vendido ou não a droga, pode ter perdido ou abandonado, o crime estava consumado com a obtenção, mas o sujeito ativo pode ter realizado o delito e não mais encontrar em flagrante delito, embora nada obste que no ato da aquisição o autor seja surpreendido em flagrante¹⁰².

Para a utilização de local ser considerada tráfico ilícito de drogas a destinação tem que ser específica, considera local tais como (hotel, casa, apartamento, veículo etc., sendo apenas para o uso indevido de drogas deve ser indiciado no art. 33, § 2º, em que a pena é de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias multa, trata-se de crime próprio somente comente este crime quem é proprietário, gerente, detentor do uso fruto, a conduta típica proíbe dois comportamento: “1º) utilização de local ou bem de qualquer natureza; 2º) consentimento para terceiro utilizá-lo”¹⁰³.

A primeira, o delito penal é cometido pelo próprio proprietário, já a segunda, o mesmo só vai responder a ação penal se participar direta ou indiretamente mais existe um ressalva no caso de não participação o proprietário irá ser indiciado nos termos do § 1º, inciso III, sendo o próprio proprietário fornecedor ele irá responder pelo art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

É de suma importância a afirmação que no delito de cultivo o agente não responde por cessão de local porque exigisse no art. 33, § 1º, III, que a finalidade seja para fim de tráfico de drogas.

Em face da amplificação da diferença do tratamento penal e processual penal que a Lei de Drogas nº 11.343/2006 estabeleceu para as condutas de tráfico e do porte para consumo de entorpecentes, faz-se necessário apresentar o mínimo e o máximo para consolidação do tráfico. É que entre o mínimo que é o porte para consumo e o máximo que é

¹⁰⁰GREGO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção, repressão**. Comentários à lei de drogas - Lei nº 11.343/2006. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹⁰¹*Ibidem*. p. 150.

¹⁰²BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à lei de drogas: lei 11.343/2006**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 90.

¹⁰³GREGO FILHO, Vicente. *op. cit.* p. 151.

tráfico de entorpecentes, não pode existir zona cinzenta, o aplicador da lei em resposta penal, deve fazer a distinção entre quem consome drogas e quem as vende, pois é de extrema importância para a aplicação da Lei nº 11.343/2006, e é através dela que poderá ser definida qual a medida a ser aplicada, qual a imputação que deve ser imposta. Ressalta-se a tendência em decorrência da expansão do senso comum punitivo é a de proteger a subsunção, que é, a adequação de uma conduta ou fato concreto, de condutas dúbias, quer dizer, interpretação diferente, em alguma das inúmeras ações previstas¹⁰⁴.

O tráfico ilícito de drogas tem como principal característica a durabilidade, visto que, o retorno financeiro é de imediato ocasionado o hábito de vender mais cada vez mais para obtenção de vantagem financeira, na maioria das vezes quando um indivíduo entra numa organização criminosa de tráfico de drogas a sua permanência às vezes é até forçada não podendo sair desta empreitada criminosa.

¹⁰⁴ FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Drogas e direito penal mínimo: análise principiológicas da criminalização de substâncias psicoativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, nº 75, nov./dez., 2008. p. 187.

CAPÍTULO 3 PROIBICIONISMO E DESCRIMINALIZAÇÃO: UMA ANÁLISE POLÍTICO-CRIMINAL DAS CONSEQUÊNCIAS DA PROIBIÇÃO DAS DROGAS

3.1 Análise do discurso jurídico penal no âmbito político e social

O sistema penal brasileiro está longe de atuar como um instrumento protetivo para a sociedade, onde esta ficaria protegida contra as ações e comportamentos danosos, isso fica evidenciado quando se expõe as reais funções exercidas por ele, se contrapondo com as divulgadas pelo discurso oficial. Esse sistema mantém a histórica função de gestão dos excedentes.

Em qualquer sistema penal é possível distinguir particularidades. Os setores básicos dos sistemas penais contemporâneos são o policial, o judicial e o executivo. São grupos humanos convergentes entre si na atividade institucionalizada do sistema, onde o executivo tem lugar de destaque. A fim de cumprir suas funções são desembocados nas instituições carcerárias toda a massa de descriminalizados, como justificativa da pena¹⁰⁵.

Analisando o estado contemporâneo, Alessandro Baratta mostra o caráter da relação entre o cárcere e a marginalização social. Ele registra que o primeiro:

Seria o momento culminante dos mecanismos de criminalização, inteiramente inútil para reeducação do condenado. Isto porque a educação deve promover a liberdade e o auto-respeito, e o cárcere produz degradação e repressão, desde a cerimônia inicial de despersonalização. Portanto, se a pena não pode transformar homens violentos em indivíduos sociáveis, institutos penais não podem ser institutos de educação¹⁰⁶.
(sic)

O sistema punitivo realiza uma função indireta de punir o que é ilegalmente visível em detrimento de uma ilegalidade totalmente invisível. É uma função direta que produz uma zona de criminosos marginalizados que supre mecanismos econômicos da indústria do crime, principalmente da droga entre outros, bem como mecanismos políticos de subversão e de repressão ilegais¹⁰⁷.

Verifica-se, portanto, que as práticas penais insere-se em um contexto político, onde a lei é resumida a um instrumento de classe, construída para incidir sobre outra classe social menos favorecida. Já o sistema penal, formado pela polícia, magistratura, Ministério Público e cárcere, funciona como instrumento garantidor de dominação dessas classes, o qual é caracterizada pela busca incessante dos interesses daqueles melhor situados no plano social

¹⁰⁵CHAVES JÚNIOR, Airton. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. **Revista Faculdade de Direito e Ciências Políticas**. v. 1 n. 14, 2011. p. 104.

¹⁰⁶BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Trad. J. Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 17.

¹⁰⁷FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir**: história de violência nas prisões. Trad. Ponde Vassallo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 125-204.

daquele tempo. O poder de punir sempre foi usado como discriminação contra os seres humanos, pois o mesmo não correspondia à condição de pessoas pois os considerava apenas como entes perigosos. Os punidos eram tidos como inimigos da sociedade e, por causa disso, tinham que ser seriamente controlados.

Nesse sentido acrescentam Rusche e Kirchheimer:

A introdução de novos métodos ou graus de punição, especialmente nos tempos atuais, tem sido sempre acompanhada do argumento de que crescimento da criminalidade é resultado de uma liberalidade excessiva, e vice-versa, que a taxa de criminalidade pode se inclinar para baixo através da intensificação da punição¹⁰⁸.

Inicialmente é preciso entender que esse excesso de punibilidade, essa chamada onda punitiva não ocorre tão somente em países periféricos como o Brasil, que lastreia essa política repressiva através do excesso de prisões cautelares e pela banalização da prisão com o cunho de satisfação social momentânea. Observa-se que esse pensamento de se erradicar a marginalização por meio da exclusão da pobreza não advém de um pensamento recente, bem como não se pode deixar de perceber que essa ideia de criminalizar a onda de insatisfação social através do controle e da prisão dos insatisfeitos não se apresentou de maneira gratuita e imediata, e sim, ocorreu diante de movimentos sociais advindos dos guetos das grandes cidades que surgiu através de uma política de austeridade e de intolerância no que se refere aos desiguais socialmente construídos pelo mundo globalizado¹⁰⁹.

Tal formação do etiquetamento e da estagnação social, é para alguns indivíduos, se sentir com o surgimento das chamadas populações marginais ou marginalizadas. Assim há de ser observada que essa construção de uma via alternativa para o controle da criminalidade, que surgiu através de uma política criminal desenvolvida pelos países da União Europeia, encontrando como precursor a França e na América do Norte, através de uma política estadunidense, se traduz na via penal de mera contenção¹¹⁰.

A primeira observação a ser tecida é que aos olhos dos aplicadores dessa política criminal menos voltada para a efetividade e com conteúdo midiático, o combate à criminalidade se transformou em um espetáculo aos olhos do telespectador cidadão, que reage com a mesma satisfação com que é conduzido a fazê-lo, sem nenhuma reação crítica dos holofotes criados e desenvolvidos por esta política denominada de anticrime¹¹¹.

¹⁰⁸RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução, revista técnica e nota introdutório de Gizlene Neder. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 265.

¹⁰⁹WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]**. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 344-345.

¹¹⁰*Ibidem*. p. 345-346.

¹¹¹*Ibidem*. p. 346.

Ressalta-se que há neste sentido uma dramatização da existência do crime, não que o mesmo não deva ser combatido, mas no sentido de que se utilizam dos meios públicos de se fazer notícia, para configurarem uma situação de reação ao crime, com operações policiais filmadas e colocadas em jornais de grande circulação com o mero intuito de espalhar uma política de medo e não preventiva. Neste mesmo viés se observa que há uma construção de uma política criminal lastreada na chamada relação de segurança, que na elaboração das leis e na chamada imposição da ordem pública, através da defesa armada se coaduna numa relação de efetividade entre o trabalho realizado pela polícia e a feição da justiça.

O que chama a atenção nessa vertente e que nesse viés há uma clara demonstração de que a política criminal se encontra dando vazão ao alto índice de continuidade da criminalidade, não logicamente à sua efetividade, senão fosse a ordem inversamente proporcional a demonstração dos números de combate ao crime lançados pelo Estado.

Na realidade verifica-se que essa busca de demonstração de força por parte do Estado, ocorreu como nos Estados Unidos, através da chamada “erupção do Estado penal estadunidense”, onde essa onda punitiva se lastreia através de repercussões ideológicas que possuem conteúdo reformistas com teor neoliberal do chamado mundo globalizado ocidental¹¹².

Na América Latina, o estereótipo daqueles que se desviam sempre se alimenta da caracterização de homens jovens das classes mais baixas, pessoas que não respondem, por algum motivo, às normas vigentes e não estão de acordo com os processos de controle preventivo. Geralmente, de acordo com Zaffaroni:

[...] uma pessoa começa a ser tratada ‘como se fosse’, embora não haja manifestado nenhum comportamento que implique uma infração. Ao generalizar-se o tratamento de acordo com o ‘como se fosse’ e sustentar-se no tempo quase sem exceção, a pessoa passa a se comportar de acordo com o papel atribuído, ou seja, ‘como se fosse’, e com isso acaba ‘sendo’¹¹³.

O sistema penal não é simplesmente um acordo externo, mas um tratamento integrado em um complexo processo de deteriorização onde a prisão é sua principal parte, legalizada por meio de registros de reincidência, onde se impede ou dificulta qualquer exercício de trabalho honesto por parte dos agentes do sistema. A preocupação é propagar o status do criminalizado, o privando da liberdade periódica, o transformando em um suspeito profissional, de tomar os antecedentes como provas de culpa, principalmente por parte dos juízes¹¹⁴.

¹¹²WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 39-41.

¹¹³ZAFFARONNI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Romano Pedrosa e Lopez da Conceição). Rio de Janeiro: Revan. 2001. p. 134.

¹¹⁴*Ibidem*. p. 134.

Nesse sentido acrescentam Rusche e Kirchheimer:

O sistema penal de uma dada sociedade não é um fenômeno isolado sujeito apenas às suas leis especiais. É parte de todo o sistema social, e compartilha suas aspirações e seus defeitos. A taxa de criminalidade pode de fato ser influenciada somente se a sociedade está numa posição de oferecer a seus membros um certo grau de segurança e de garantir um nível de vida razoável. A passagem de uma vida penal repressiva para um programa progressista de reformas pode, então, transcender o mero humanitarismo para tornar-se uma atividade social verdadeiramente construtiva¹¹⁵.

Em análise aos processos do Juizado da Infância e Juventude do Rio de Janeiro, Vera Batista pesquisou e percebeu a posição dos juízes, promotores, psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais, comenta:

[...] todos os lapsos, metáforas, metonímias, todas as representações da juventude pobre, como suja, imoral, vadia, perigosa, formam o sistema de controle social no Brasil de hoje e informam o imaginário social para as explicações da questão da violência urbana¹¹⁶.

Percebe-se, portanto, um esquema ideológico no processo de transformação do poder punitivo, principalmente, em relação à prisão. Importante é saber que este esquema ideológico não é somente imaginário, privado de contato com a realidade da prisão. Através da forma de execução dos próprios órgãos oficiais, se realiza aquela função de autolegitimação do sistema¹¹⁷.

O sistema penal é hoje uma escola do crime, uma violação dos direitos humanos, visto que a base do sistema é apenas o efetivo depósito de pessoas, que muitas vezes, são esquecidas pelos próprios familiares e até preferem por tal esquecimento, morarem dentro do sistema penal, porque lá ao menos terão onde dormir e se alimentar. Acrescenta Wacquant:

Servir-se da prisão como um aspirador social para limpar as escórias/detritos produzidos pelas transformações econômicas em curso e remover os rejeitos da sociedade de mercado do espaço público - delinquentes ocasionais, desempregados e indigentes, pessoas sem-teto e imigrantes sem documentos, toxicômanos, deficientes e doentes mentais deixados de lado por conta da displicência da rede de proteção de saúde e social, bem como jovens de origem popular, condenados a uma vida feita de empregados marginais e de pequenos ilícitos pela normatização do trabalho assalariado precário, é uma aberração no sentido estrito do termo¹¹⁸.

Na realidade o sistema prisional apesar de ter sido construído para funcionar, não passa de um depósito de pessoas que perdem toda sua dignidade quando adentram pelo portão

¹¹⁵RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução, revista técnica e nota introdutório de Gizlene Neder. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 282.

¹¹⁶BATISTA, Vera Mallaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998. p. 120.

¹¹⁷BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Trad. J. Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 170.

¹¹⁸WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]**. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 455.

da frente do sistema prisional. Assim, a morte do preso lhe é dada na sentença, e se perpetua com a sua saída do sistema prisional¹¹⁹.

Qualquer garantia constitucional ou concedida pela lei de execução penal, não obsta o falecimento do sistema prisional. A população é iludida com a visão de que o sistema irá ressocializar ou reinserir o apenado para o seu retorno do seio social. Acrescenta Wacquant: “[...] a história penal mostra que, em nenhum momento e em nenhuma sociedade, a prisão soube cumprir a sua suposta missão de recuperação e de reintegração sociais, na perspectiva da redução da reincidência”¹²⁰.

Ressalta-se que dentro desse mesmo sistema que acaba a dignidade humana, também se encontra escola sustentada e fornecida pelo Estado, bem como o trabalho, onde as remissões das penas se tornam um fator de suma importância para que o apenado, além de uma nova concepção de vida, tenha uma nova oportunidade de sair mais rapidamente para o convívio social, são as chamadas remissões penais¹²¹.

O que pode representar um alento, também pode representar a morte do preso, e em especial, quando não se possui no Brasil uma política pública do reingresso, o que pode acabar de forma cabal através da retirada da vida do reeducando, quando o mesmo obtém o direito às chamadas saídas temporárias, do regime denominado de semiaberto.

É neste sentido que além do direito penal subterrâneo¹²² ser uma realidade carcerária, ele, muitas vezes, é exercido pelos próprios presos, quando, na busca pela demonstração de força e de poder, onde esse exercício ocorre de forma física ou psicológica, quando se utilizam como moeda de troca esposas e tias, mães e filhas de detentos para pagamento do consumo de drogas, além de possuírem o aval de agentes do próprio sistema penal para o cometimento da chamada Lei do Talião¹²³.

Todo esse mercado paralelo encontra sustentação dentro de uma organização criminosa, onde a moeda é a droga e o grande poder monetário fornecido com a venda desse produto de alta destruição em massa.

O consumo da cocaína, por ser uma droga de consumo por usuários de poder aquisitivo maior, é abastecido pelos filhos da classe média e média alta e, no caso do crack,

¹¹⁹CARNELUTTI, Francisco. **As misérias do processo penal**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 58.

¹²⁰WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]**. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 459.

¹²¹CARNELUTTI, Francisco. *op. cit.* p. 59-60.

¹²²ZAFARONNI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 45. O sistema penal **subterrâneo** é exercido pelas agências executivas de controle - portanto, pertencentes ao Estado - à margem da lei e de maneira violenta e arbitrária, contando com a participação ativa ou passiva, em maior ou menor grau, dos demais operadores que compõem o sistema penal.

¹²³*Ibidem.* p. 45.

um subproduto rasteiro da cocaína, se vicia e se alicia os menos favorecidos acompanhados ou não pela família. Toda essa máquina criminal continua a existir pela falta de estrutura do Estado para o real enfrentamento com uma política criminal séria e efetiva de combate ao crime organizado, onde toda a efetiva violência de mortes por encomenda ou por dever ao tráfico, traduz uma correta perfeição de que o sistema de política criminal se encontra falido e perdeu para a nova face do crime, o crime organizado, qualquer possibilidade de enfrentamento. Visto que na medida em que o crime se organizou o Estado se desorganizou e em especial no que se refere as políticas públicas de combate à criminalidade.

Encontra-se reféns cada vez mais de um Estado que busca aprisionar e repreender os menos favorecidos e etiquetados, em contra partida, se encontram acuados pelo sistema de corrupção e do crime organizado lastreado pela circulação das drogas no seio social. Trata-se o consumidor como traficante e o colocamos na cadeia para sua transformação na verdadeira escola do crime¹²⁴.

Não se deve buscar respostas imediatas ou apenas políticas de cunho estabilizante aparente, pois o momento atual não é de eleição de inimigos, e sim, de funcionalidade do sistema penal e, principalmente, social, onde se valorize uma política criminal mais abrangente, através da implementação de uma cultura educativa ressociativa e restaurativa de direitos. Deve-se atacar o problema e não as fontes desse problema, somos reprodutores de um velho conceito de satisfação social através de regramentos punitivos momentâneos e cautelares. Busca-se alcançar apenas metas de projeção governamentais em detrimento de uma política pública de mera contenção.

Acrescenta-se que o crime é tão antigo quanto à existência do ser humano por excelência. Noronha de maneira célebre já percebeu que: “a história do direito penal é a história da humanidade. Ele surge com o homem e o acompanha através dos tempos, isso porque o crime, qual sombra sinistra, nunca dele se afastou”¹²⁵. Não é difícil notar que a criminalidade esteve presente nas sociedades desde as épocas mais remotas, seguindo sempre o desenvolvimento do Direito.

3.2 Análise ao proibicionismo

O proibicionismo é uma maneira mais simples de se classificar a maneira em que o Estado atua em relação a determinado conjunto de substâncias mais conhecidas como

¹²⁴ZAFARONNI, E. Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 32-34.

¹²⁵NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. 38. ed. São Paulo: Rideel, 2009. v. I. p. 21.

psicoativas. Esses desdobramentos vão muito além das convenções e legislações nacionais. Ele conduziu o entendimento sobre esse tipo de substâncias quando estabeleceu os limites arbitrários para usos de drogas legais ou positivas em detrimento às ilegais ou negativas. Entre outras consequências, a produção científica terminou entrelaçada, na maioria das vezes do lado “certo” da batalha, ou seja, na luta contra as drogas. O proibicionismo não esgota o fenômeno contemporâneo das drogas, mas o marca de forma decisiva¹²⁶.

Diversas drogas novas que são aplicadas pelos médicos supõem riscos por causa dos efeitos colaterais não previsíveis. Há de se reconhecer que tais efeitos ocorrerão, trazendo possíveis complicações graves e até letais. Em se tratando das drogas de uso mais comum, o Estado apenas regula a produção e o comércio, mas não o consumo, sendo esse de responsabilidade dos próprios indivíduos, obedecendo ou não a uma prescrição médica. Há também aquelas drogas que não precisam de receita médica, que estão disponibilizadas nas farmácias, sendo totalmente livre sua comercialização, como os analgésicos que são muito propagados na mídia, porém, são responsáveis por milhares de mortes por anos, seja por reações adversas ou efeitos colaterais e por consumo abusivo¹²⁷.

Outra classe de drogas são as psicoativas com aplicação médica, que são comercializados com mais rígido controle de receituário, tendo como principais os ansiolíticos e os antidepressivos. Apesar de tal fiscalização de forma permanente, existe um grande mercado clandestino para essas substâncias e que muitos as possuem em suas casas. Esse é um dos motivos do grande crescimento no número de diagnóstico dos transtornos mentais, e tal crescimento também atingem o público infantil, que, pelo déficit de atenção, são tratados com estimulantes de forma sistemática¹²⁸.

As drogas psicoativas, independente do tipo, tem grande potencial de dano, seja esse psicológico ou mental. Muitas delas geram mortes acidentais todos os anos por serem altamente tóxicas. Muitos indivíduos podem consumi-las de forma abusiva, seja esporadicamente ou de maneira frequente, os levando a comportamentos perigosos, bem como os levando a quadros graves de dependência¹²⁹.

¹²⁶LABATE, Beatriz Caiuby; FIORI, Maurício; GOULART, Sandra Lúcia. Drogas e cultura: novas perspectivas. In: LABATE, Beatriz Caiuby; FIORI, Maurício; GOULART, Sandra Lúcia. (Orgs). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Edufba, 2008. p. 23.

¹²⁷FIORI, Maurício. O lugar do estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. **Novos Estudos - Cebrap**. São Paulo, n. 92, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100002>. Acesso em: 02 abr. 2015.

¹²⁸ANGELL, Marcia. A epidemia de doença mental. **Revista Piauí**. n. 59, ago. 2011. Disponível em: <<http://revista.piaui.estadao.com.br/edicao-59/questoes-medico-farmacologicas/a-epidemia-de-doenca-mental>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

¹²⁹FIORI, Maurício. *op. cit.*

A premissa do proibicionismo é exagerada a partir do momento que faz do Estado o promotor das interdições por meio da criminalização que impede aos adultos a dispor de seus próprios corpos, lembrando que o motivo principal da existência é a garantia de liberdades e direitos individuais. Tal atitude é como se tivesse dando ao indivíduo uma autossuficiência abstrata, apenas de aparência. Para muitos que defende tal tese, os indivíduos, uma vez dependentes, perderiam sua capacidade de livre escolha, permanecendo presos à escravidão da compulsão pela droga, porém, tal condição não justificaria a supressão do direito de escolha de outros indivíduos.

Quando o Estado proíbe a produção, o comércio e o consumo das drogas está, potencializando o mercado clandestino e criando novos problemas. Naturalizando essa proibição, cria-se uma falácia: “drogas são proibidas porque são ruins e são ruins porque são proibidas”¹³⁰.

Vale ressaltar que no tempo em que o se deu o proibicionismo, cresceu também o consumo das drogas, fica então perceptível a falha em relação aos seus objetivos, seja de erradicar as drogas ou contê-las.

O maior mercado criminoso do mundo é formado justamente com a produção e o comércio de drogas ilícitas em conjunto com o tráfico de drogas, e isso traz, na maioria das vezes, a exploração do trabalho, principalmente o infantil, a corrupção de diversos agentes públicos, contaminação ecológica, e o considerado mais grave de todos, a utilização da violência armada, quando se demarca os interesses e outros conflitos.

Pelo fato do tráfico ser uma atividade com lucro subdesenvolvido, parte dos ganhos, são usados para a compra de armamentos e para corromper setores da burocracia estatal, em especial, os agentes de segurança. Na guerra do tráfico, na maioria das vezes, as vítimas e algozes são originados das camadas mais pobres e a atuação policial é concentrada normalmente no mercado varejista, que é a parte mais exposta e menos lucrativa desse comércio¹³¹.

Quando se prende diariamente os varejistas de rua, os quais são rapidamente substituídos nesse mercado tão dinâmico, a polícia faz do tráfico o principal responsável pelo crescimento do encarceramento no país. Os consumidores de drogas são conduzidos, debaixo do proibicionismo, a um contato muito próximo do crime. Envolvidos por uma aura marginal que seduz e marca, as drogas encorajam e tornam viril quem as consome. As atuais campanhas contra elas mais trazem pânico do que informam à população. A maconha e a cocaína, por exemplo, se misturam não

¹³⁰ ANGELL, Marcia. A epidemia de doença mental. **Revista Piauí**. n. 59, ago. 2011. Disponível em: <<http://revista.piaui.estadao.com.br/edicao-59/questoes-medico-farmacologicas/a-epidemia-de-doenca-mental>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

¹³¹ *Ibidem*.

apenas no imaginário, mas nos locais e com as pessoas que as vendem, diferentes das drogas letais onde os serviços públicos podem dar informações quanto ao uso seguro e estimular o autocuidado, ou seja, o consumidor das drogas ilícitas só têm uma única decisão: ou interrompem o consumo ou se mantêm escravo da droga¹³².

O encarceramento de usuários dependentes passou a ser considerado uma ação meio que desumana. Ao invés de prender, o Estado teria a obrigação de tratá-los, mesmo se essa não for a sua vontade. Tal perspectiva levou a modernização da premissa proibicista que no Brasil influenciou a Lei das Drogas, que eliminou a pena de prisão para aqueles que forem flagrados apenas consumindo, estipulando penalidades mais brandas, desde uma advertência verbal até a prestação de serviços públicos. Do outro lado, ela aumentou a pena mínima para quem traficar¹³³.

Asseveram Rusche e Kirchheimer:

A futilidade da punição severa e o tratamento cruel podem ser testados mais de mil vezes, mas enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceita. Ela possibilita a ilusão de segurança encobrendo os sintomas da doença social com um sistema legal e julgamentos de valor moral. Há um paradoxo no fato de que o progresso do conhecimento humano tornou o problema penal mais compreensível e mais perto de uma solução, enquanto a questão de uma revisão fundamental na política penal parece estar hoje mais longe do que nunca, por causa da dependência funcional a uma dada ordem social¹³⁴.

Ressalta-se que o delito ou o crime é tratado historicamente como uma ordem meramente dogmática e momentaneamente aceita de forma coativa, sem nenhuma perspectiva crítica ao tipo, delito, sem considerar as consequências sociais do fato.

3.3 Medidas preventivas do tráfico de drogas

O tráfico de drogas é um problema que surge a partir de interesses políticos e econômicos de nações que envolvem conflitos geopolíticos entre países por fontes de riqueza por controles de territórios. Afirma Brito Alves:

No aspecto jurídico, existe agora no Brasil uma política criminal mais repressiva do que preventiva, o que é um grande erro, pois é uma ilusão pensar-se em eliminar o crime através unicamente da legislação penal, sem procurar atingir as causas sociais e individuais da criminalidade. O crime é efeito de certas causas que devem ser combatidas, e assim, por exemplo, da mesma forma que o médico não combate a febre (que não é uma doença em si mesma, é um sintoma ou efeito de uma certa

¹³²FIORI, Maurício. O lugar do estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. **Novos Estudos - Cebrap**. São Paulo, n. 92, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100002>. Acesso em: 02 abr. 2015.

¹³³*Ibidem*.

¹³⁴RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução, revista técnica e nota introdutório de Gizlene Neder. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 282.

causa) e sim a causa da mesma, igualmente devem ser atacados os fatores da delinqüência e não em uma ilusão ou utopia tentar a eliminação do delito mediante novas leis penais e não o agravamento, maior rigor das sanções criminais, das penas. Ou, por último, ainda, por normas processuais dificultar a defesa de acusado de crime, restringir os seus direitos (muitos, aliás, assegurados constitucionalmente), além de tornar mais rigorosa, na penitenciária, a execução da pena, em regime dito fechado, sem nenhuma eficácia legal ou social. Em verdade, a melhor ou mais sadia política criminal não é mais a puramente ou predominantemente repressiva, de criação de novas leis penais ou de penas mais severas, e sim inseri-la em uma eficaz política social do Estado visando o bem comum e a prevenção sobre possíveis fatores de criminalidade, assegurando uma melhor qualidade ou padrão de vida, sobretudo em seus pressupostos básicos como saúde e educação, com justiça social em relação às condições econômicas da sociedade¹³⁵. (*sic*)

Tal posicionamento deve ser compreendido e adotado pelas autoridades federais, estaduais e municipais interessadas em reduzir os absurdos índices do tráfico de drogas, pois é flagrante a tendência dos legisladores federais que tratam de matéria penal e processual penal a instituir nos diplomas legais a famigerada política criminal repressiva.

As medidas de combate às drogas podem ser preventivas ou repressivas. A primeira ocorre quando indivíduo ainda não teve o primeiro contato com os tóxicos ou ainda quando o consumo está no início. Nessa fase pode ser feito um trabalho de conscientização visando inibir o uso de substâncias entorpecentes.

A tarefa de esclarecimento sobre as drogas pode ser feita através de panfletos educativos, cartazes, propaganda de televisão, palestras realizadas nas escolas, maior efetividade policial no combate à venda de drogas lícitas, para os menores, e ilícitas para a população em geral. Não se pode deixar de lado a importância da conscientização familiar na construção de pilares contra o uso de substâncias entorpecentes.

Greco Filho falando sobre as formas de preservação das pessoas aclara que:

As medidas preventivas devem ser educacionais e sociais, significando as primeiras o conjunto de providências destinadas a conscientizar a população sobre os malefícios da toxicomania, e as segundas, a eliminação das condições sociais que favoreçam sua implantação¹³⁶.

A prevenção tem um papel importantíssimo no combate aos tóxicos, pois evita o mal antes que ele invada a vida do indivíduo. Se as drogas não forem combatidas preventivamente, a dependência se instaura ficando bem mais difícil o seu controle. O tratamento, nesses casos, pode demorar meses, até anos para a libertação total do usuário.

O problema da descriminalização das drogas é que o viciado perde o controle dos seus atos quando está sob o efeito de substâncias entorpecentes e na crise de abstinência,

¹³⁵ ALVES, Roque de Brito. Aspectos da criminalidade no Brasil contemporâneo. **Revista Consulex**. Brasília, v. 1, n. 20, ago. 1998. p. 49.

¹³⁶ GREGO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção - prevenção**. Comentários à Lei de drogas - Lei nº 11.343/2006. 13. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 42.

comete insanidades para conseguir os tóxicos. Tais condutas afetam diretamente a vida de terceiros, a família, que muitas vezes torna-se alvo de traficantes e a própria vida do drogado.

Nota-se que no Brasil não se legisla nem se age administrativamente no sentido de evitar que os crimes aconteçam, mas sim em apurá-los após sua execução, bem como apenar o mais gravemente possível os agentes que cometeram o fato delituoso. Menciona Bismael Moraes:

Não se estuda a prevenção, e só a repressão acha-se institucionalizada: ‘combate ao crime’, em vez de sua prevenção; leis penais mais severas e desumanas; mais construções de presídios, quando a preocupação deveria ser com escolas e mais escolas [...]¹³⁷.

Essa lógica de se atacar os efeitos ao invés das causas, demasiadamente retrógrada, urge por uma mudança filosófica radical, sob pena de se agravarem as já inseguras condições nas quais vive hoje o cidadão, principalmente o das grandes metrópoles como Recife. “a prevenção só existe quando se evita a infração penal antes que aconteça. Quando o crime ocorre, o Estado, por seus órgãos, já falhou e procura apurar o que deveria ter sido evitado”¹³⁸.

É preciso, portanto, se atentar para o momento anterior à prática do crime, para que ele não venha a ocorrer. A isso se chama prevenção criminal, que, em prática, é elemento de aplicação da política criminal preventiva. Não se está pregando que a repressão não é necessária, o que seria um equívoco. Mas essa só deve vir a ser utilizada quando falharem os instrumentos de prevenção supostamente já utilizados, conforme assevera Bianchini: “A atuação do direito penal deve ser residual”¹³⁹.

O pressuposto básico do sistema preventivo, relevando-se, porém a necessidade da efetiva funcionalidade dos outros serviços essenciais como a saúde, moradia, saneamento básico etc. - deve ser a implantação um sistema educacional público de qualidade, onde todos tenham oportunidade de obter o grau de instrução necessário à sua absorção pelo sistema econômico e produtivo, bem como a educação necessária à sua pacificação e socialização com os demais cidadãos. Deve-se partir da premissa de que é necessário conscientizar todos os cidadãos, desde a infância, através da educação adequada, através da construção de uma tradição de não delinquir nem concordar com tudo aquilo que seja antiético e prejudicial aos seus semelhantes.

A prevenção e repressão não são a mesma coisa. Elas supõem posturas diferentes, porém, complementares.

¹³⁷MORAES, Bismael B. **Prevenção criminal ou convivência com o crime**: uma análise brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 56.

¹³⁸*Ibidem*. p. 71.

¹³⁹BIANCHINI, Alice. Considerações críticas ao modelo de política criminal paleorepressiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 772, fev. 2000. p. 459.

Como aduz Marine Meyer:

Prevenção consiste na redução da demanda do consumo de drogas. Neste caso, as ações têm como objetivo fornecer informações e educar os jovens a adotarem hábitos saudáveis e protetores em suas vidas. Espera-se que as pessoas diminuam ou parem de consumir drogas. Repressão consiste na redução da oferta de drogas. As ações repressivas tem como objetivo dificultar o acesso às drogas como por exemplo: a legislação que proíbe o uso de algumas droga, ações policiais para prender traficantes e restrições ao consumo de álcool e tabaco para menores de 18 anos¹⁴⁰.

As dimensões do tráfico de drogas, por ser um fenômeno que possui muitos lados, são tão variados, que dele pode se servir, tanto o traficante que está vendendo a droga na bocada, quanto o Estado que, através de seus agentes, utiliza seus esforços como pretexto para reprimir camadas populares marginais, manipular a opinião pública e encobrir interesses ocultos.

No Brasil, a lei que regula o consumo de substâncias, Lei nº 11.343/2006, trouxe mudanças significativas, com menor rigor penal para o usuário. O artigo 18 e 19, do título III da supracitada lei, que trata das atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, tratam da prevenção¹⁴¹.

Em relação à maconha e à cocaína, o Brasil é um dos poucos países do mundo onde o consumo está aumentando. No mínimo, essa nova lei não impediu esse aumento. Estar-se com maior liberdade para usar drogas, mas os usuários continuam tão desinformados e desassistidos de tratamento quanto antes. A defesa do direito ao uso de drogas é uma visão por demais simplista e não leva em consideração a complexidade do uso de substâncias, em particular as modificações que o uso de drogas provoca no sistema nervoso central. Parte-se do princípio de que todos os usuários de drogas teriam plenas capacidades de decidir sobre o seu consumo. Não se pode afirmar que todos os que usam drogas estejam comprometidos quanto ao seu julgamento, mas se pode argumentar que uma parte significativa dos usuários apresenta diminuição de sua capacidade de tomar decisões¹⁴².

3.4 A criminalização e as suas consequências no âmbito político criminal

Atualmente a política de criminalização das drogas é vista como irracional, pelo fato de agir em contramão ao sistema penal, a qual pune crimes que não causam nenhuma lesão ao

¹⁴⁰MEYER, Marine. **Guia prático para programas de prevenção de drogas**. Disponível em: <http://apps.einstein.br/alcooledrogas/novosite/orientacoes_escola.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

¹⁴¹BRASIL. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

¹⁴²LARANJEIRAS, Ronaldo. **O direito de não usar drogas**. Publ. 2009. Disponível em: <http://www.movimentovivabrasil.com.br/noticias/index.php?acao3_cod0=15967c48362f3b823c6db32cc73326f1&action=showClip&clip12_cod=1242>. Acesso em: 26 abr. 2015.

bem jurídico, ferindo assim o princípio da legalidade. Tais ações vão de encontro às orientações do Direito Penal Mínimo, selecionando, etiquetando e estigmatizando o usuário e o traficante¹⁴³.

Segundo Clécio Lemos:

A criminalização do uso de drogas veio sofrendo críticas progressivas por parte de penalistas ao redor do mundo. Mesmo aqueles que buscam argumentos apenas dentro da lógica dogmática encontraram fortes subsídios para tal ataque, tal como demonstração fundamental da lesividade. [...]. O Direito Penal, cujo nascimento iluminista representa justamente uma contenção ao poder de punir do Estado, já ensinou suficientemente que não pode haver criminalização de atos preparatórios ou qualquer estado interno do indivíduo que ainda não tenha se traduzido num perigo concreto a terceira pessoa¹⁴⁴.

Convenções internacionais amarram as legislações internas em relação à opção proibicionista em relação ao tráfico, mas a tendência de mudança de foco para a prevenção de danos tem possibilitado avanços na redução dos custos sociais das drogas. A criminalização inicial não é um dogma, mas uma construção social de uma espécie e de um local. Devendo sempre que possível, rejeitar as autonomias culturais e o direito de livre determinação dos povos e também das minorias culturais e o direito de livre determinação dos povos e também das minorias e atuar apenas sobre aqueles bens mais caros à sociedade, cuja tutela não é alcançada através dos demais instrumentos de controle social¹⁴⁵.

Ressalta-se que, deve-se atentar que a exclusão social não se confunde com a pobreza - apesar desta ser um de seus elementos determinantes - por se tratar de fenômeno mais complexo, que envolve, além da impotência econômica, a segregação cultural e social, de forma que o excluído não é sequer considerado, pelo senso comum, como um cidadão detentor de direitos, mas na verdade um ser desprezível que vive à margem da sociedade e que deve ser execrado, ignorando-se e desvalorizando-se, por conseguinte, suas expressões culturais.

O modelo vigente ainda não alcançou os resultados esperado, porque o consumo, o comércio e a violência que são geradas pelas drogas só tendem a aumentar com o passar dos anos. A Lei de Drogas conseguiu apenas contribuir para o aumento crescente da população carcerária no Brasil.

¹⁴³ ARAÚJO, Kleber. **(Des) criminalização das drogas**: possível caminho para a redução da violência pela política proibicionista. Jusbrasil, jan. 2015. Disponível em: <<http://klebermaraujos.jusbrasil.com.br/artigos/153075236/des-criminalizacao-das-drogas-possivel-caminho-para-a-reducao-da-violencia-pela-politica-proibicionista>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

¹⁴⁴ LEMOS, Clécio. Internações forçadas: entre o cachimbo e a grade. *In*: LEMOS, Clécio *et al.* (Coord.). **Drogas**: uma nova perspectiva. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 19-20.

¹⁴⁵ FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Drogas e direito penal mínimo: análise principiológicas da criminalização de substâncias psicoativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n° 75, nov./dez., 2008. p. 230.

Ressalta-se que, de acordo com Pablo Nascimento:

O uso de drogas sem autorização, ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consubstancia-se, nos dias atuais, em grave e duradoura ameaça à humanidade como um todo e ao equilíbrio das estruturas e valores políticos, socioeconômicos e culturais de todos os Estados e sociedades, sendo notórios os prejuízos que causam às nações do mundo inteiro¹⁴⁶.

Assim, surgem debates a respeito de uma política que cause menos danos, capaz de reduzir ao máximo os transtornos causados pelo uso das substâncias entorpecentes. Deve-se, portanto, “avaliar o custo social da criminalização”¹⁴⁷, por serem os seus efeitos, em regra, superior ao próprio consumo destas substâncias.

Os prejuízos trazidos ao consumidor e à sociedade são, principalmente, em relação à saúde, criminalidade e economia. Quando se fala à saúde, trata-se de não haver regulamentação nenhuma, os entorpecentes são produzidos sem controle nenhum, e podem misturadas para um maior lucro, ainda assim, o fato de se usar clandestinamente, facilita a proliferação das doenças sexualmente transmissíveis. Quando se fala em economia, são no tocante aos custos para tentar vencer a guerra das drogas, pois todos os anos se investe milhões objetivando solucionar este problema¹⁴⁸.

A criminalização das drogas aumenta significativamente a criminalidade secundária, que é aquela gerada por causa da abstinência e do comércio de drogas. Pelo fato de ser uma prática ilícita, os traficantes usam de forças armadas como defesa em relação ao combate formado pelo governo, assim sendo, junto ao crime de tráfico de drogas, vem o tráfico de armas, a elevação do número de homicídios, entre outras espécies, como bem leciona Maria Lúcia Karam:

Ao tornar ilegais determinados bens e serviços, o sistema penal funciona como o real criador da criminalidade e da violência, fenômeno que se pode perceber também em relação ao jogo. Ao contrário do que se propaga, não são as drogas em si que geram a criminalidade e violência, mas é o próprio fato da ilegalidade que produz e insere no mercado empresas criminalizadas - mais ou menos organizadas -, simultaneamente trazendo a violência como um subproduto necessário das atividades econômicas assim desenvolvidas, o que, naturalmente, provoca consequências muito mais graves do que eventuais malefícios causados pela natureza das mercadorias tornadas ilegais¹⁴⁹.

¹⁴⁶NASCIMENTO, Pablo Everton Macêdo do. Uso de drogas ilícitas: consequências penais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3251, 26 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21873>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

¹⁴⁷CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 239.

¹⁴⁸KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganoso**: as drogas tornadas ilícitas: Escritos sobre a Liberdade, Volume 3. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2009. p. 48.

¹⁴⁹KARAM, Maria Lúcia. Revisitando a sociologia das drogas *In*: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 133-146, 2002. p. 143.

A criminalização das drogas e por consequência a qualificação do sujeito como principal inimigo do país, simplifica a discussão do tema, exclusivamente a ordem penal, gera uma política mais danosa, aumentando da criminalidade e estigmatização da camada mais baixa da população. Salo de Carvalho discorrendo sobre o assunto, diz que:

[...] o proibicionismo apenas potencializou efeitos colaterais à incriminação: a promessa de contramotivação do crime fomentou a criminalização secundária; ao reprimir o consumo estigmatizou o usuário; e com intuito de eliminar o tráfico ilícito deflagrou a criminalização de setores vulneráveis da população¹⁵⁰.

Não se pode negar que o problema que as drogas geram em nossa sociedade, não é causado pelo uso ou pelo abuso das drogas, mas pela própria criminalização destas. Porque a ilegalidade de tal conduta cria um mercado com uma demanda imensa, porém sem nenhuma regulamentação. Acrescenta Clécio Lemos:

A possibilidade de o usuário praticar delitos ou de se tornar violento em decorrência de sua dependência é um fator externo ao fundamento do controle. Nem mesmo se pode ter a menor certeza de tais acontecimentos, restando como uma contenção de mero risco abstrato, um futuro incerto que não pode justificar a restrição de liberdade de um cidadão¹⁵¹.

As pessoas que fazem parte do mercado da ilegalidade ou que se relacionam com ele, por causa da ilicitude, não possuem acesso ao sistema de justiça para resolverem conflitos, assim, de acordo com Salo de Carvalho: “[...] os problemas acabam sendo resolvidos por métodos violentos, próprios do uso arbitrário, que caracteriza os sistemas de justiça penal privada”¹⁵².

Maria Lúcia Karam, ao sintetizar o problema da violência gerado pela proibição das drogas, discorre que:

[...] a violência acompanha as atividades relacionadas às drogas tornadas ilícitas não apenas pelos choques com a repressão, pela impossibilidade de acesso aos meios legais de resolução de conflitos, pelo estímulo à disseminação de armas, ou pela indução à prática de ações criminalizadas para aquisição das mercadorias proibidas. A intervenção do sistema penal, especialmente quando instrumentaliza a atuação de um poder punitivo agigantado, é sempre geradora de violência, o estigma derivado da própria ideia de crime desempenham do papel fundamental nessa geração de violência¹⁵³.

Em suma, nunca deixará de existir a demanda de drogas, pois, por muitos motivos a sociedade, de um modo geral, consome drogas, seja lícitas ou ilícitas, e, para suprir esta demanda tem que haver a oferta.

¹⁵⁰CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 278.

¹⁵¹LEMOS, Clécio. Internações forçadas: entre o cachimbo e a grade. In: LEMOS, Clécio *et al.* (Coord.). **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. p. 20.

¹⁵²CARVALHO, Salo de. *op. cit.* p. 278.

¹⁵³KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganões**: as drogas tornadas ilícitas: escritos sobre a liberdade. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2009. v. 3. p. 42-43.

Para uma política mais apropriada que possa gerar menos prejuízos para a sociedade brasileira, é preciso observar alguns modelos em que as drogas são abordadas outra forma, e não como “inimigo” destinado a ser derrotado de qualquer maneira. As drogas produzem um grande mal social e precisa ser combatida, pois ela possui uma relação intrínseca com a criminalidade. Para ter êxito na redução do crime é fundamental combater, especialmente, o tráfico de drogas.

CONCLUSÃO

A pesquisa buscou analisar a (in) eficiência da política criminal brasileira para o tratamento das drogas ilícitas. Estudo de assunto complexo, as drogas e a criminalização das condutas, apresentam uma série de limitações formais e materiais. As conquistas no tratamento de dependentes e na redução dos malefícios à saúde dos usuários de maior sucesso correspondem à experiência de prevenção de danos através de outras esferas de controle social fora do direito penal.

Observou-se que as leis costumam apresentar enormes falhas técnico-jurídicas, com tipos penais incrivelmente amplos. A educação, a informação, o respeito à condição digna de pessoa dos consumidores e a abertura incondicional do sistema de saúde pública são as melhores formas de combater os malefícios das substâncias psicoativas.

Não se pode esquecer que esse direito tem em si um aspecto finalista e prevencionista, finalista pois busca como fim em si mesmo a tutela dos bens jurídicos mais relevantes e a convivência pacífica entre os cidadãos, prevencionista porque procura antes de punir o agente pela prática do delito, impedir que o ilícito penal se concretize. Seus fins, sem dúvida, são extremamente garantísticos, já que se utiliza da intervenção estatal adentrando-se muitas vezes no espaço particular da pessoa para proteger aquilo que considera por mais fundamental.

O Direito Penal tem um objeto de estudo próprio e bem delimitado, trazendo consigo institutos bem característicos que melhor se enquadram em sua seara de atuação. O entendimento que se tem do Direito é que ele é uno e indivisível, porém a sua divisão em ramos facilita a sua compreensão, possibilitando uma análise mais dedicada e com melhores resultados para seu incremento. Desse modo, entende-se que o Direito penal não se confunde com outros ramos jurídicos, o que não quer dizer que todos eles não estejam constantemente interligados colaborando conjuntamente para o desenvolvimento da ciência jurídica como um todo.

O uso de drogas, independentemente de serem lícitas ou ilícitas, se apresenta hoje como um dos maiores responsáveis pela desintegração das famílias, desencadeando diversos conflitos sociais que acarretam enormes prejuízos para toda a comunidade. Além das drásticas consequências físicas e psíquicas na vida do usuário, seus familiares são afetados diretamente.

As organizações criminosas no Brasil, que é o crime de forma organizada e estruturada, tendo cada participante sua função para êxito de sua finalidade não deixando de explicar que este crime se pratica com mais de três pessoas estão cada vez mais estruturadas devido à fragilidade do poder público, em não fazer uma estruturação nas leis que

regulamenta este tipo penal, existe em alguns Estados brasileiros que as organizações criminosas dão até toque de recolher para a população, constata-se diretamente através da mídia que dentro dos presídios as organizações criminosas fazem seus projetos, decreta ordem de ataque contra o patrimônio público levando a sociedade ao pânico.

Avaliou-se se entre o mínimo - porte para consumo, e o máximo - tráfico de entorpecentes, cuja tendência em decorrência da expansão do senso comum punitivo é a de proteger a subsunção de condutas dúbias em alguma das inúmeras ações previstas, percebeu-se que a política criminal repressiva se baseia na antiquada tese de que o castigo - cada vez mais severo -, recupera o delinquente infrator e obsta o ingresso de outros indivíduos na criminalidade. Sua clássica representação é a pena de reclusão, que é uma forma absolutamente paliativa da sociedade se insurgir contra o crime.

A lei existe, foi modificada, porém, falta aos aplicadores do Direito, um entendimento quanto cada caso, pois parece não haver ainda unanimidade quanto à compreensão da nova lei: se por um lado há uma crença compartilhada de que o uso de drogas é um problema de saúde pública, por outro, acredita-se que o usuário deve receber uma punição por seu ato ilegal. O que também se observa é que toda essa gama formada pela população marginalizada encontra um aporte tecnológico do Estado para que os mesmos possam ser vigiados e monitorados à distância, com a tecnologia agindo em favor do Estado, através das câmaras espalhadas pelas cidades e pelas pulseiras de monitoramento dos egressos e dos não egressos, enquanto cumprem suas penas fora dos muros dos presídios mais perto dos olhos do Estado. É importante distinguir o usuário e tratar como problema de saúde pública, entretanto, o tráfico deve ser rigorosamente punido pelo seu ato ilegal, uma vez que é um mercado que impulsiona o enriquecimento ilícito.

Avalia-se, o sistema de controle do crime representa tão somente uma satisfação social ou a solução para o problema da criminalidade?

Essa política de controle das drogas que começou há décadas passadas, somente traduziu num esforço do Estado em se tentar diminuir a ramificação dos cartéis e refino da droga chegando à origem do problema, fato este que só elevou o valor da droga no mercado, visto que, com a tentativa governamental de acabar com os pontos de refino a droga teve um considerável aumento diante dos seus consumidores, o que não acabou logicamente com o problema, ao contrário só fomentou o número da violência, tendo em vista que aos dependentes do seu uso só restou enveredar por outro crime, o de roubo e furto para manter o vício já instalado.

Neste sentido o limiar econômico também se insere neste aspecto, quando se dá à droga um preço inicial bem alto, ou seja, para o consumidor que pretende consumi-la, se reduz a expectativa de consumo dando um caráter inflexível ao consumo, talvez essa seja uma relação positiva do pensamento foucaultiano, dando ao mercado da droga o mesmo sentido da lei da oferta e da procura.

Em virtude da implementação dessa nova lei, a política adotada no Brasil, recai sobre a abordagem da descriminalização, mas encontra na prática uma visão pautada no princípio da punibilidade, e por isso esbarra em tantas dificuldades de aplicação, adaptação e compartilhamento de visões de atuação.

Falta, essencialmente, estrutura pessoal e material para por em prática as medidas tão elogiadas no curso deste artigo. É quase impossível levar o consumidor de drogas de imediato à presença do juiz, pois o judiciário não possui infraestrutura para receber a quantidade massiva de usuários; acrescenta-se a isso a existência de um sistema de saúde pública sucateado, impossibilitado de receber uma demanda crescente de usuários de entorpecentes em busca de tratamento e recuperação e a ineficácia dos cursos preventivo dados por profissionais despreparados. O contorno da criminalidade dentro da sociedade passa por uma questão intimamente ligada ao caráter dos administrados e dos administradores da justiça. É neste sentido que se faz necessário retirar dos poderes constituídos a corrupção sistêmica, cortar na própria carne os representantes do Estado que exercem suas funções com desvio de poder e de finalidade.

Verificar que essa corrupção sistêmica sustenta a desigualdade social e a retirada de novas oportunidades aos apenados, bem como da oportunidade de punir grandes culpados pela marginalização dos marginalizados, é contribuir de forma não somente zetéica para um estudo mais profundo acerca das possibilidades punitivas dos crimes de colarinho branco.

Ressalta-se que é necessário visar que a justiça seja equânime, visto que tais crimes, os da corrupção sistêmica, fomentam ainda mais o desequilíbrio social e conseqüentemente nos retira da sociedade a possibilidade da existência de uma justiça que possa enxergar todas as camadas da sociedade, sem retirar direitos dos marginalizados de exercerem suas respectivas defesas sem a interferência dos poderes constituídos e utilizados pelos verdadeiros marginais da lei, porque desta, possuem total conhecimento e dela se utilizam para práticas corruptivas e que são realizadas de forma intermitente, porque a escalada da criminalidade e da formação de quadrilha altamente qualificada esvazia os tribunais inferiores e superiores, tendo em vista que dos dois se sobressaem através das mais variadas vertentes, como a influência e o poder que fundamentam essa corrupção sistêmica.

Pois, constata-se que em regra, os delinquentes saem das penitenciárias mais marginalizados e criminógenos do que quando lá ingressaram, devido à precariedade de tais estabelecimentos, do descaso do Estado para com as problemáticas pessoais de cada detento e da convivência destes durante anos com outros criminosos por vezes ainda mais antissociais. Isto inviabiliza a ressocialização e gera revolta perante os referidos indivíduos, que em sua grande maioria voltam a praticar crimes uma vez que estejam novamente em liberdade.

O Estado deve atuar nas sociedades eminentemente criminógenas não apenas como o potencial agente penalizador, pois deste modo jamais conseguirá a mudança de comportamento social almejada. Contrariamente, deverá planejar com cautela a transformação de uma população, tornando esta consciente de suas imperfeições e comprometida com as melhoras que porventura advirão. Naturalmente tal metamorfose só pode ser operada a longo prazo, através da disponibilidade dos serviços essenciais como saúde, moradia, saneamento básico e primordialmente, educação de qualidade a todos os cidadãos, conforme preceitua a Constituição Federal. Há ainda que se possibilitar a efetiva ressocialização daqueles que, mesmo tendo recebido do Estado condições necessárias à formação de uma pessoa digna, venham a delinquir, pois o crime, desde que ocorra com moderação, é um fato inerente a qualquer população.

O que se deve buscar é o enfraquecimento da motivação do cidadão para a prática criminal, em busca da paz social.

REFERÊNCIAS

ALVES, Roque de Brito. Aspectos da criminalidade no Brasil contemporâneo. **Revista Consulex**. Brasília, v. 1, n. 20, ago. 1998.

ANGELL, Marcia. A epidemia de doença mental. **Revista Piauí**. Teresinha, n. 59, ago. 2011. Disponível em: <<http://revista.piaui.estadao.com.br/edicao-59/questoes-medico-farmacologicas/a-epidemia-de-doenca-mental>>. Acesso em: 03 abr. 2015.

ARAÚJO, Kleber. **(Des) criminalização das drogas**: possível caminho para a redução da violência pela política proibicionista. Jusbrasil, jan. 2015. Disponível em: <<http://klebermaraujos.jusbrasil.com.br/artigos/153075236/des-criminalizacao-das-drogas-pos-sivel-caminho-para-a-reducao-da-violencia-pela-politica-proibicionista>>. Acesso em: 19 abr. 2015.

ARGÜELLO, Katie. **Do estado social ao estado penal**: invertendo o discurso da ordem. 2005. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/Artigo%20Katie.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

ASSIS, Isabella Bogéa de; ASSAIANTE, Marcus Alexandre Marinho. **O sistema penal subterrâneo sob a ótica da criminologia crítica**: o suplício dos excluídos nos cárceres brasileiros. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2132, 3 maio 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/12677/o-sistema-penal-subterraneo-sob-a-otica-da-criminologia-critica>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à lei de drogas**: lei 11.343/2006. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 88.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Trad. J. Cirino dos Santos, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Vera Mallaguti. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 1998.

BIANCHINI, Alice. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. *In*: GOMES, Luiz Flávio. **Lei de drogas comentada**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Considerações críticas ao modelo de política criminal paleorepressiva. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 772, fev. 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral I. 15. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOITEUX, Luciana. Drogas e cárcere: repressão às drogas, aumento da população penitenciária brasileira e alternativas. *In*: LEMOS, Clécio *et al.* (Coord.). **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 06 mar. 2015.

_____. **Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 10 mar. 2015.

_____. **Lei nº 6.368 de 21 de outubro de 1976.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm>. Acesso em: 08 mar. 2015.

CALHAU, Lélío Braga. **Cesare Lombroso: criminologia e a escola positiva de direito penal.** Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes. JusBrasil, 2008. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/112728/comentarios-cesare-lombroso-criminologia-e-a-escola-positiva-de-direito-penal>>. Acesso em: 03 maio 2015.

CARLINI, Elisaldo Araújo *et al.* Drogas psicotrópicas: o que são e como agem. **Revista IMESC**, nº 3, 2001. Disponível em: <<http://www.imesc.sp.gov.br/pdf/artigo%201%20-%20DROGAS%20PSICOTR%C3%93PICAS%20O%20QUE%20S%C3%83O%20E%20COMO%20AGEM.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

CARNELUTTI, Francisco. **As misérias do processo penal.** Campinas: Bookseller, 2001.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06.** 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

CEBRID. **Livreto informativo sobre drogas psicotrópicas.** Centro Brasileiro de Informações sobre Drogas Psicotrópicas, 2011. Disponível em: <<http://www.mp.mt.gov.br/storage/webdisco/2011/03/30/outros/7bf9e8f681cb4e0a800e97420ee68be5.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

CHAVES JÚNIOR, Airto. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. **Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.** Colômbia, v. 41, n. 114, 2011. p. 90-91. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rfdcp/v41n114/v41n114a03.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

_____. O controle penal dos excedentes: as funções simbólicas do direito penal e a eficácia invertida quanto seus objetivos declarados. **Revista Faculdade de direito e ciências Políticas.** v. 1 n. 14, 2011. p. 104.

CURTET, Francis. **A droga é um pretexto.** São Paulo: Loyola. 2005.

CURY, Augusto Jorge. **A pior prisão do mundo.** Academia de Inteligência, 2000. Disponível em: <<http://momento.sobaotica.espirita.com/apiorprisadomundo.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

DIETER, Maurício Stegemann. O programa de política criminal brasileiro: funções declaradas e reais. **Revista Eletrônica do CEJUR.** Curitiba-PR, a. 2, v. 1, n. 2, ago./dez. 2007.

FERNANDES, Tuska do Val. **O direito penal e a moderna imputação objetiva: Traços de uma resposta a uma contemporânea visão de época.** Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1564, 13 out. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/10520/o-direito-penal-e-a-moderna-imputacao-objetiva>>. Acesso em: 20 fev. 2015.

FERRAZ, Vanessa. **A droga vai à escola?** junho, 2010. Disponível em: <<http://www.cpihts.com/PDF%2006/Vanessa%20Ferraz.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2015.

FERREIRA, Otávio Dias de Souza. Drogas e direito penal mínimo: análise principiológicas da criminalização de substâncias psicoativas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, n° 75, nov./dez., 2008.

FIORI, Maurício. O lugar do estado na questão das drogas: o paradigma proibicionista e as alternativas. **Novos Estudos - Cebrap**. São Paulo, n. 92, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002012000100002>. Acesso em: 02 abr. 2015.

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: história de violência nas prisões**. Trad. Ponde Vassallo. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 1989. p. 125-204.

FREITAS, Ricardo de Brito A. P. **As razões do positivismo penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

FRIGÉRIO, João Carlos. **Denarc lança cartilha de prevenção ao uso de drogas**. Publ. 2009. Disponível em: <plantaio190.com.br/.../denarc-lanca-cartilha-de-prevencao-ao-uso-de-drogas/>. Acesso em: 27 abr. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Direito Penal Mínimo: lineamentos das suas metas. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília, v. 1, n. 5, p. 71-96, jan./jun., 1995. p. 72.

GOMES, Luiz Flávio, *et al.* **Lei de drogas: comentada artigo por artigo**. 4. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GREGO FILHO, Vicente. **Tóxicos: prevenção - prevenção**. Comentários à Lei de drogas - Lei nº 11.343/2006. 13. ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes. **A nova lei antidrogas comentada**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

HASHIMOTO, Érica Akie. **Tráfico de drogas é crime que mais condena no Brasil**. Disponível em: <<http://www.bancodeinjusticas.org.br/trafico-de-drogas-e-crime-que-mais-condena-no-brasil/2013>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

HORTA, Ana Clélia Couto. **Evolução histórica do direito penal e escolas penais**. Clubjus, Brasília-DF: 18 ago. 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514>. Acesso em: 25 fev. 2015.

KARAM, Maria Lúcia. **Proibições, riscos, danos e enganoso**: as drogas tornadas ilícitas: escritos sobre a liberdade. Rio de Janeiro: Lumens Juris. 2009. v. 3.

_____. Revisitando a sociologia das drogas *In*: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). **Verso e reverso do controle penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 133-146.

LABATE, Beatriz Caiuby; FIORI, Maurício; GOULART, Sandra Lúcia. Drogas e cultura: novas perspectivas. *In*: LABATE, Beatriz Caiuby; FIORI, Maurício; GOULART, Sandra Lúcia. (Orgs.). **Drogas e cultura: novas perspectivas**. Salvador: Edufba, 2008.

LARANJEIRA, Ronaldo. Bases do tratamento da dependência de crack. *In*: RIBEIRO, Marcelo; LARANJEIRA, Ronaldo. (Org.) **O tratamento do usuário de crack**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2012.

_____. **Usuários de substâncias psicoativas**: abordagem, diagnóstico e tratamento. 2. ed. CREMESP/AMB, 2003. p. 12. Disponível em: <http://www.mp.pe.gov.br/uploads/9egR0Q_9KQeF_tcNoRw/j_BhlIbC1wUaeqZLKKY-1g/Usurios_de_substancias_psicoativas_-_abordagem_diagnostico_e_tratamento.pdf>. Acesso em: 02 mar. 2015.

_____. **O direito de não usar drogas**. Publ. 2009. Disponível em: <http://www.movimentovivabrasil.com.br/noticias/index.php?acao3_cod0=15967c48362f3b823c6db32cc73326f1&action=show_Clip&clip12_cod=1242>. Acesso em: 26 abr. 2015.

LEMOS, Clécio. Internações forçadas: entre o cachimbo e a grade. *In*: LEMOS, Clécio *et al.* (Coord.). **Drogas: uma nova perspectiva**. São Paulo: IBCCRIM, 2014.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: leis nº 6.368/1976 e nº 10.409/2002: anotadas e interpretadas. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDONÇA FILHO, Frederico Policarpo de Mendonça. **O usuário e a nova Lei de Drogas**: apontamentos preliminares para pesquisa. Disponível em: <http://www.neip.info/upd_blob/0000/219.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2015.

MEYER, Marine. **Guia prático para programas de prevenção de drogas**. Disponível em: <http://apps.einstein.br/alcooledrogas/novosite/orientacoes_escola.htm>. Acesso em: 25 abr. 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 30. ed. rev. atual. 4. reimp. São Paulo: Atlas, 2014. p. 37.

MORAES, Bismael B. **Prevenção criminal ou convivência com o crime**: uma análise brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NASCIMENTO, Pablo Everton Macêdo do. Uso de drogas ilícitas: consequências penais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3251, 26 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21873>>. Acesso em: 8 abr. 2015.

NOGUEIRA, Cláudio Martins. **Drogas o que elas podem fazer com você**. Disponível em: <<http://www.canalminassaude.com.br>>. Acesso: 01 mar. 2015.

NORONHA, Edgar Magalhães. **Direito penal**. 38. ed. São Paulo: Rideel, 2009. v. 1.

PACHECO, Gilberto Thums Vilmar. **Nova lei de drogas**: crimes, investigação e processo. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

PINTO, Alessandro Nepomoceno. **O sistema penal**: suas verdades e mentiras. Verso e reverso do controle penal. Florianópolis: Boiteux, 2002.

RASSI, Patricia Veloso de Gusmao Santana. **Direito penal mínimo**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 50, fev 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4498&revista_caderno=3>. Acesso em: 25 fev. 2015.

ROSA, Rodrigo Silveira. **O novo entendimento dado aos usuários de drogas ilícitas: doente ou delinquente?** Disponível em: <<http://www.pesquisedireito.com/artigos/penal/novo-ent-usu-di-dd>>. Acesso em: 07 mar. 2015.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução, revista técnica e nota introdutório de Gizlene Neder. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SILVA, César Dario Mariano. **A posse ou porte de droga para uso próprio continuará a ser crime após a vigência da nova Lei Antitóxicos?** CONAMP. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm>>. Acesso em: 07 fev. 2015.

SILVA, Louise Trigo da. **Algumas reflexões sobre o direito penal máximo**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 111, abr. 2013. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13103&revista_caderno=3>. Acesso em: 02 mar. 2015.

SOUZA, Fátima. **Como funciona o tráfico de drogas**. Disponível em: <<http://pessoas.hsw.uol.com.br/trafico-de-drogas6.htm>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

TORRES, Douglas Dias. **O direito penal na atualidade**. Direitonet, 2001. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/333/O-Direito-Penal-na-Atualidade>>. Acesso em: 02 mar. 2015.

VASCONCELOS, Paulo Roberto Caldas de. **Comentários sobre a justiça terapêutica e sobre as leis antitóxicos**. Recife: R.C, 2004.

VENTURA, Carla Aparecida Arena. Drogas lícitas e ilícitas: do direito internacional à legislação brasileira. **Revista Eletrônica de Enfermagem**. Goiás, jun. 2011. Disponível em: <http://www.fen.ufg.br/fen_revista/v13/n3/pdf/v13n3a22.pdf> . Acesso em: 10 mar. 2015.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos** [a onda punitiva]. Tradução Sérgio Lamarão. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONNI, Eugênio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Trad. Romano Pedrosa e Lopez da Conceição). Rio de Janeiro: Revan. 2001.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.